TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 49 - 2014
Janeiro / Março

TJCE
EDITORA

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.49, p. 1 - 521, 2014

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 49.2014
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 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:
Mailu de Oliveira Franco Alvarenga

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 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. 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 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. 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
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 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 15/260
Agravo de Instrumento 263/302
Ação Rescisória 305/319
Ação Direta de Inconstitucionalidade 323/345
Mandado de Segurança 349/378

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime 383/486
Habeas Corpus 489/512

Índice Alfabético 513/521

Jurisprudência Cível

Apelação Cível

APELAÇÃO CÍVEL N. 0000247-80.2000.8.06.0052 DE BREJO SANTO
APELANTE: YPIÓCA AGROINDUSTRIAL LTDA.
APELADAS: TÂMARA MOURA BELÉM, NAYARA MOURA BELÉM E MARIA LEDIAN BELÉM MOURA
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. REVELIA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. CONFIRMAÇÃO ATRAVÉS DA PROVA DOS AUTOS. QUEDA DO ALTO DE CAMINHÃO TRIO ELÉTRICO. AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO ADEQUADA E SUFICIENTE NAS LATERAIS DO VEÍCULO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DO FALECIDO. NÃO COMPROVAÇÃO DA RENDA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS NA FORMA DE PENSÃO MENSAL CORRESPONDENTE A 2/3 (DOIS TERÇOS) DE 1 (UM) SALÁRIO MÍNIMO. A IDADE LIMITE PARA O PAGAMENTO DA PENSÃO PODE SE BASEAR EM INFORMAÇÕES DO IBGE. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM*. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Embora seja relativa a presunção de veracidade oriunda da revelia, se os elementos de prova constantes dos autos confirmam o que é afirmado na peça exordial, o julgamento antecipado da demanda, por força da revelia, não implica cerceamento de defesa.

2. Inexistindo comprovação da renda auferida mensalmente pela vítima, o pensionamento deve ser baseado no valor de 1 (um) salário mínimo. Todavia, presume-se que o de cujus teria um gasto aproximado de 1/3 (um terço) do valor auferido consigo próprio, razão pela qual deve o valor da pensão mensal ser correspondente a 2/3 (dois terços) de 1 (um) salário mínimo.

3. No que se refere ao termo final para o pagamento da pensão mensal, não é absoluta a idade de 65 (sessenta e cinco) anos, sendo cabível o estabelecimento de outro limite, de modo que deve ser mantida a idade estipulada pelo Magistrado de 1º

Grau (68 anos e 10 meses), vez que embasada em dados do IBGE relativos à expectativa de vida do brasileiro no ano da morte da vítima (2001).
4. O valor da indenização por danos morais, fixado em R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sendo R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para a viúva e R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada uma das filhas, deve ser mantido, pois se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.
5. Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação manejada por Ypióca Agroindustrial Ltda., em face da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Brejo Santo que, nos autos de ação de reparação de danos morais e materiais proposta em seu desfavor por Tâmara Moura Belém, Nayara Moura Belém e Maria Ledian Belém Moura (esta última por si e como genitora representante das primeiras), julgou parcialmente procedente o pedido.

Na peça exordial (f. 02-41), alegam as Demandantes, ora apeladas, que, em 03 de março de 2001, a Demandada fez circular um caminhão trio elétrico para comemorar uma vitória do time de futebol Flamengo, sendo que, naquela ocasião, várias pessoas da comunidade entraram no referido veículo.

Afirmam, demais disso, que, em determinando momento do percurso, Francisco Lidônio Moura Teixeira, esposo e pai das Autoras, ao se abaixar para desviar de galhos de árvores, caiu do caminhão, bateu a cabeça no meio fio e veio a óbito, haja vista a inexistência de qualquer grade de proteção lateral no veículo.

Postularam as Requerentes indenização por danos morais no valor de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) e indenização por danos materiais na forma de pensão mensal correspondente a 6 (seis) salários mínimos.

A contestação da Requerida foi apresentada intempestivamente (certidão de f. 86).

A primeira sentença proferida nos autos (f. 108-110), a qual, após decretar a revelia da Demandada, condenou-a ao pagamento de pensão mensal equivalente a 3 (três) salários mínimos em favor das Demandantes, foi, em sede de recurso apelatório anteriormente interposto, sob a relatoria do Des. José Arísio Lopes da Costa e por unanimidade, anulada de ofício por esta 3ª Câmara Cível, vez que não se pronunciou acerca do pedido de indenização por danos morais (acórdão de f. 206-214).

A nova sentença (f. 270-277), prolatada após o retorno do processo ao Juízo de origem, ratificou a decretação da revelia da Requerida, condenando-a a pagar o valor de 80.000,00 (oitenta mil reais), a título de indenização por danos morais, em favor das Autoras (R$ 40.000,00 para a mulher e R$ 20.000,00 para cada uma das filhas), além de 2,77 (dois vírgula setenta e sete) salários mínimos por mês, a título de indenização por danos materiais, sendo que, para as filhas, desde a data do sinistro até completarem 24 (vinte e quatro) anos e, para a esposa, a partir do momento do óbito até a data em que a vítima faria 68 anos e 10 meses (28 de novembro de 2033) ou até a data em que a viúva falecer, o que ocorrer primeiro, a ela revertendo a parte do pensionamento destinada às filhas, quando elas atingirem a idade limite, tendo sido os honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Em seu apelo (f. 284-298), a Ypióca Agroindustrial Ltda. aduz, em sinopse, que:

a) houve cerceamento de sua defesa, pois, embora tenha sido decretada a sua revelia, não poderia ter havido o julgamento antecipado da lide, vez que não foram esclarecidas as verdadeiras causas do acidente;

b) o falecido era agricultor, motivo pelo qual não se pode admitir que tinha renda mensal de R$ 750,00, de modo que a pensão mensal deve ser fixada em R$ 101,00, quantia equivalente a 2/3 (dois terços) de R$ 151,00, salário mínimo vigente à época da sua morte, até a idade de 65 anos, no que se refere à pensão a ser paga ao cônjuge sobrevivente, expectativa de vida adotada pelos tribunais pátrios;

c) levando-se em consideração o que vem decidindo o STJ, o valor arbitrado a título de indenização por danos morais está acima do razoável, razão pela qual deve ser reduzido, estipulando-se o novo *quantum* com base na situação econômica do falecido.

Pugna a Recorrente, enfim, pelo reconhecimento da inaplicabilidade dos efeitos da revelia, anulando-se a sentença vergastada e remetendo-se os autos ao Juízo *a quo* para que seja realizada a instrução processual ou que seja reformado o *decisum*, de tal sorte que os valores reparatórios (danos materiais e danos morais) sejam reduzidos e o que o termo final para o pagamento da pensão mensal à viúva seja a idade de 65 (sessenta e cinco) anos.

Contrarrazões das Apeladas às f. 306-319.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento da Apelação, somente para fixar o valor da pensão mensal a ser paga a título de indenização por danos materiais em 2/3 (dois terços) de 1 (um) salário mínimo (f. 334-342).

Os autos foram a mim distribuídos, por prevenção, em 16.06.2011 (f. 327).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso merece apenas parcial provimento.

Argumenta a Apelante que os efeitos da revelia não podem ser aplicados ao presente litígio, na medida em que as causas do acidente não foram devidamente comprovadas, razão pela qual não poderia o Magistrado *a quo* ter julgado antecipadamente o feito, haja vista a necessidade de produção de provas, tendo havido, dessa forma, cerceamento de sua defesa.

Razão não lhe assiste.

Tratam sobre o assunto os arts. 319, 320 e 330 do CPC, *in verbis*:

> Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.
> Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:
> I – se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;
> II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;
> III – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.
> Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:
> I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;
> II – quando ocorrer a revelia (art. 319).

Pela leitura dos dispositivos, percebe-se que a revelia só não produzirá os seus efeitos nas três hipóteses previstas no referido art. 320 do CPC, as quais são inaplicáveis à hipótese dos autos, e, ademais, prescreve o mencionado art. 330 do CPC que, ocorrendo a revelia, o julgador conhecerá diretamente do pedido, julgando antecipadamente o feito.

Embora seja relativa a presunção de veracidade oriunda da revelia, os elementos de prova trazidos aos autos pelas Recorridas, notadamente os depoimentos constantes do inquérito policial (f. 56-61; f. 64-67), confirmam o que é afirmado na

petição inicial, afigurando-se apropriados à formação do livre convencimento motivado do julgador, inexistindo, portanto, qualquer irregularidade no que diz respeito ao julgamento antecipado da demanda, por força da revelia.

A propósito da matéria, colaciono o seguinte julgado:

> REPARAÇÃO DE DANOS - REVELIA - EFEITOS - FATOS AFIRMADOS PELO AUTOR - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE - CONFIRMAÇÃO ATRAVÉS DAS PROVAS DOS AUTOS - INDENIZABILIDADE.
> Quando o réu, citado pessoalmente, através de oficial de justiça ou via postal, omite-se em contestar a ação em tempo hábil, tem-se descumprido o ônus de se defender estabelecido no artigo 300 da Lei Adjetiva, ocorrendo a revelia e a consequente presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor na peça de ingresso, máxime se confirmadas suas assertivas através da prova colacionada aos autos.
> (TJMG, Apelação Cível 6268870-34.2002.8.13.0024, Rel. Des. Otávio Portes, 16ª Câmara Cível, julgamento em 27.09.2006, publicação em 27.10.2006)

Na espécie, a vítima tentou desviar de galhos de árvores e, ao fazê-lo, desequilibrou-se e caiu, em virtude da inexistência de proteção adequada e suficiente nas laterais do veículo de propriedade da Recorrente.

A Apelante não tomou todos os cuidados necessários, relativamente aos elementos de segurança existentes no trio elétrico por ela disponibilizado, deixando de realizar, ademais, um controle de acesso ao caminhão, o que deixa mais nítida a sua negligência.

Assim sendo, é inquestionável a responsabilidade da Empresa recorrente, pois era obrigação sua zelar pela segurança dos que entraram no seu caminhão trio elétrico, aplicando-se ao caso o art. 186 c/c o art. 927, ambos do Código Civil, *ipsis litteris*:

> 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.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Por oportuno, transcrevo trechos de alguns depoimentos prestados no citado inquérito policial:

a) Francisco Gilson Teixeira Santos: “as grades de proteção não possuíam total segurança para quem andasse naquele trio, haja vista que observara que apenas havia duas barras de ferro, havendo um espaço entre elas, na qual estava camuflada um pano com uma faixa de propaganda com o logotipo da SAPUPARA” (f. 56);

b) Francisco Arley de Sousa Moura: “as grades de proteção não possuíam total segurança para quem andasse naquele trio, haja vista que observara que apenas havia duas barras de ferro, uma em cima e outra abaixo, entre elas havendo um espaço de mais ou menos um (01) metro, tendo apenas uma faixa de propaganda com o logotipo SAPUPARA no espaço vazio” (f. 58);

c) Flávio Wantieux Soares Lacerda: “sua queda [da vítima] se dera entre os espaços de duas grades” (f. 65);

d) Samuel Pedro Santana: “ao se aproximarem de uma árvore, próximo ao bar de Eduardo, na Praça Dionísio Rocha de Lucena, vira que a pessoa, a quem conhecia por Lidônio, agachara-se para passar por baixo de um dos galhos da árvore retro, perdendo o equilíbrio, tendo encostado-se a uma faixa de propaganda, vindo a cair de cima do trio […] acredita [o depoente] que o trio não oferecia total segurança àqueles que aí andavam” (f. 66).

Desse modo, caracterizado está o nexo de causalidade entre a ação negligente da Recorrente e o falecimento do marido e pai das Recorridas.

Passo a analisar o *quantum* reparatório pelos danos materiais, levando-se em conta que a mulher e as filhas dependiam economicamente do falecido.

No que tange à pensão mensal, tem razão a Recorrente, pois, conquanto as Recorridas tenham declarado que o rendimento médio mensal do falecido correspondia a R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais), não apresentaram qualquer prova apta a comprovar o alegado, de modo que, em casos desse jaez, vale dizer, não havendo comprovação da renda auferida mensalmente pela vítima, o pensionamento deve ser baseado no valor de 1 (um) salário mínimo.

Levando-se em consideração que, presumivelmente, o falecido gastaria 1/3 (um terço) dos seus rendimentos com despesas pessoais, a pensão mensal deve ser fixada em 2/3 (dois terços) de 1 (um) salário mínimo, considerando-se, em relação às parcelas vincendas, o valor vigente à época do efetivo pagamento de cada parcela, de forma a manter atualizado o valor do aludido benefício.

As parcelas vencidas, por seu turno, como bem decidiu o Juiz *a quo*, “deverão ser pagas de uma só vez, considerando o valor do salário mínimo da época correspondente, verba que será corrigida monetariamente com base no INPC e acrescida de juros legais, os quais corresponderão a 0,5% ao mês até 10 de janeiro de 2003 (início da vigência do Código Civil), e, a partir de então, serão de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil” (f. 275).

Acerca do tema, trago à baila os seguintes arestos:

> APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINARES AFASTADAS. INDENIZAÇÃO. MORTE POR ELETROPLESSÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO. CONDENAÇÃO POR DANO MORAL AFASTADA. AUSÊNCIA DE PEDIDO NESSE SENTIDO. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. PENSÃO MENSAL CALCULADA COM BASE EM 2/3 DE UM SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. […]
> 5 - Quanto à reparação pelo prejuízo material, não havendo comprovação da renda auferida mensalmente pela vítima, o pensionamento ao autor realmente deve partir do valor correspondente a um salário mínimo. Todavia, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário, há presunção de que o *de cujus* teria um gasto aproximado de 1/3 do valor auferido consigo próprio, razão pela qual deve o valor da pensão mensal devida ser reduzido para a quantia correspondente a 2/3 (dois terços) de um salário mínimo.
> (TJCE, Apelação Cível 1099-67.2000.8.06.0032/1, Rel. Des. Lincoln Tavares Dantas, 4ª Câmara Cível, registro em 02.09.2010)

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - FALECIMENTO DO MARIDO E PAI DOS AUTORES - RESPONSABILIDADE INDENIZATÓRIA - CULPA CONCORRENTE CONFIGURADA - DANOS MATERIAIS - PENSIONAMENTO - SALÁRIO MÍNIMO - DANOS MORAIS.
> É devida pensão mensal, a título de danos materiais, àqueles aos quais o falecido provia alimentos, devendo ser fixada em 2/3 dos vencimentos percebidos pela vítima, à época de sua morte, ante a presunção de que 1/3 de seus rendimentos seria utilizado com gastos pessoais, não sendo revertido, portanto, para o proveito familiar. Não havendo nos autos elementos que possibilitem mensurar os ganhos que percebia a vítima, é de se fixar a pensão mensal em função do salário mínimo vigente. […]
> (TJMG, Apelação Cível 7602225-66.2007.8.13.0024, Rel. Des. Lucas Pereira, 17ª Câmara Cível, julgamento em 30.07.2009, publicação em 18.08.2009)

> INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - FALECIMENTO DA VÍTIMA - MOTORISTA - CULPA CONCORRENTE - COMPROVAÇÃO - AUSÊNCIA - PENSIONAMENTO MENSAL - CÁLCULO - TERMO FINAL - SENTENÇA *ULTRA PETITA* - ADEQUAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - FIXAÇÃO - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - OPOSIÇÃO LEGÍTIMA. […]
> 3. A pensão mensal devida à família da vítima, em razão de ato ilícito, deve ser calculada com base no salário mínimo vigente à época de cada pagamento, mantendo-se atualizado o valor da condenação. […]
> (TJMG, Apelação Cível 0591168-64.2006.8.13.0394, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, 18ª Câmara Cível, julgamento em 01.02.2011, publicação em 18.02.2011)

> INDENIZAÇÃO. ATROPELAMENTO. CULPA DO MOTORISTA.

> DANO MORAL. CRITÉRIOS. PENSÃO MENSAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. AUSÊNCIA DE PROCRASTINAÇÃO. MULTA. EXCLUSÃO. […]
> É vedada a incidência de correção monetária, porquanto já embutida nos reajustes procedidos anualmente, das parcelas de pensão vincendas, correspondentes ao salário mínimo vigente à época do efetivo pagamento. Não há falar-se em duplicidade de atualização quanto às parcelas de pensão vencidas, que tem como valor base o salário mínimo percebido à época em que o pagamento era devido, atualizado desde então. […]
> (TJMG, Apelação Cível 1085267-91.2003.8.13.0223, Rel. Des. Irmar Ferreira Campos, 17ª Câmara Cível, julgamento em 06.07.2006, publicação em 10.08.2006)

No que se refere ao termo final para o pagamento da pensão mensal, não é absoluta a idade de 65 (sessenta e cinco) anos, sendo cabível o estabelecimento de outro limite, de modo que deve ser mantida a idade estipulada pelo Magistrado de 1º Grau (68 anos e 10 meses), vez que embasada em dados do IBGE relativos à expectativa de vida do brasileiro no ano da morte da vítima (2001).

Nesse diapasão, o seguinte julgado do STJ:

> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS. TERMO FINAL. PENSÃO POR MORTE. EXPECTATIVA DE VIDA DA VÍTIMA. IDADE DO FILHO. […]
> 9. A idade de 65 anos, como termo final para pagamento de pensão indenizatória, não é absoluta, sendo cabível o estabelecimento de outro limite, conforme o caso concreto. Precedentes do STJ. 10. É possível a utilização dos dados estatísticos divulgados pela Previdência Social, com base nas informações do IBGE, no tocante ao cálculo de sobrevida da população média brasileira. […]
> (STJ, REsp 1027318/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 31.08.2009)

De mais a mais, destaco que o Juiz *a quo*, ao aplicar o princípio da reversão, adotado no Direito Previdenciário, agiu acertadamente, visto que, atingindo as filhas do falecido a idade de 24 (vinte e quatro) anos, a pensão deverá ser paga integralmente à esposa do finado, até o dia em que a vítima completaria 68 anos e 10 meses ou até o dia do falecimento da viúva, o que ocorrer primeiro.

Analisando a questão do dano moral, não é difícil imaginar a dor que sentiram a esposa e as filhas do *de cujus*.

A indenização a título de danos morais, entretanto, não tem por escopo apagar o abalo sofrido, mas objetiva, em verdade, suavizar o sofrimento experimentado.

Por outro lado, a efetividade do dano, em seu aspecto moral, é demonstrável pela simples prova da ocorrência do fato lesivo que trouxe desequilíbrio emocional, uma vez ser impossível se provar a intensidade da dor e da aflição, sentimentos intrínsecos à alma humana.

Assim, postas as premissas necessárias, passo a analisar o valor da indenização arbitrada a título de danos morais.

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

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

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

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

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

Em suma, o valor da indenização por danos morais tem que ser estipulado com razoabilidade, observadas as características do caso concreto, entendendo o Superior Tribunal de Justiça que o *quantum* deve ser condizente com a gravidade da situação, conforme atesta a seguinte ementa:

> AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO CIVIL. MORTE DE FILHO MENOR. CHOQUE ELÉTRICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. […]
> II – Dano moral devido como compensação pela dor da perda de filho menor de idade, no equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos, condizente com a gravidade do dano. Precedentes. […]

(STJ, AgRg no REsp 734.987/CE, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 29.10.2009)

Nessa perspectiva, entendo que o Juiz singular bem decidiu a questão, fixando a indenização por danos morais em R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sendo R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para a viúva e R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada uma das filhas, tendo em vista que esse montante deve ter por base o sofrimento experimentado pelas Apeladas e a capacidade econômica da Apelante, que é uma grande empresa, de tal sorte que a quantia foi fixada dentro de parâmetros razoáveis, observado o seu caráter compensatório e penal, devendo, portanto, ser mantida.

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, dando-lhe parcial provimento, apenas para fixar o valor da pensão mensal em 2/3 (dois terços) de 1 (um) salário mínimo, mantendo, no mais, a sentença combatida.

Fortaleza, 22 de abril de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0084285-03.2008.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTE: CLAUDIVAL CARDOZO DA SILVA
APELADA: TIM CELULAR S/A
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INAUGURAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. EFETIVA UTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS. APELO IMPROVIDO. CONDENAÇÃO DO AUTOR AO PAGAMENTO DOS DÉBITOS VENCIDOS. INEXISTÊNCIA DE RECONVENÇÃO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. DESCONSTITUIÇÃO DE OFÍCIO.

1. Não restou demonstrada a efetiva inscrição indevida do nome do Apelante nas listas restritivas de crédito, na medida em que o próprio Autor reconheceu que não efetuou o pagamento das suas faturas, não havendo que se falar, portanto, em dano moral.

2. É violado o princípio da adstrição ou da congruência entre o pedido e a sentença (arts. 128 e 460 do CPC), quando, mesmo não tendo havido reconvenção, o Demandante é condenado a pagar ao Réu prestações em atraso.

3. Apelação do Autor conhecida, mas improvida.

4. Desconstituição, de ofício, da parte da sentença que condenou o Promovente a pagar os débitos vencidos.

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 desconstituir, de ofício, a parte da sentença que condenou o Apelante a pagar os débitos vencidos, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação manejada por Claudival Cardozo da Silva, adversando a sentença proferida pelo Juízo da 15ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação de reparação civil por danos morais, com pedido de tutela antecipada, por ele proposta em desfavor de Tim Nordeste Telecomunicações S/A (sucedida por Tim Celular S/A), julgou improcedente o pedido e condenou o Apelante a pagar os débitos vencidos.

Na peça exordial (f. 03-14), o Autor alega que era cliente da Demandada e que pagava os seus débitos em dia, havendo sido surpreendido com o aumento da sua conta de R$ 119,62 para R$ 1.309,70.

Além disso, argumenta o Promovente que, por não ter concordado com a elevação do valor da fatura, parou de usar os serviços e, após várias tentativas de negociação com a Promovida, deixou de pagar as contas, razão pela qual recebeu diversas cartas cobrando a dívida e ameaçando incluir o seu nome nas listas de inadimplentes, o que efetivamente ocorreu.

Afirmando que a indevida inscrição do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito causou-lhe danos morais, requereu o Autor indenização em montante que deveria ser arbitrado pelo Juiz *a quo*, pleiteando, ademais, a declaração de inexistência de débito com a Promovida.

Em sede de tutela antecipada (f. 49-50), o Juízo de 1º Grau determinou a exclusão provisória do nome do Promovente dos cadastros de inadimplentes (SPC e SERASA).

O Magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido inaugural e condenou o Promovente ao pagamento das dívidas vencidas, com juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária pelo INPC a partir da prolação da sentença, aplicando, no que tange aos ônus sucumbenciais, o disposto no art. 21 do CPC (f. 127-131).

Em suas razões recursais (f. 135-143), o Apelante aduz, em sinopse, que:

a) é evidente a existência dos danos morais, haja vista o abalo emocional sofrido em decorrência da indevida inscrição do seu nome nos cadastros restritivos de crédito;

b) a desconstituição do débito é medida que se impõe;

c) deve ser afastada a sua condenação ao pagamento da verba sucumbencial.

Pugna, enfim, o Recorrente pelo provimento do recurso, para que, reformando-se a sentença impugnada, seja julgado procedente o pedido prefacial.

Em suas contrarrazões (f. 151-157), a Apelada requer o improvimento do apelo, mantendo-se integralmente o *decisum* atacado.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso não comporta provimento. Entretanto, deve ser desconstituída, de ofício, a parte da sentença que condenou o Autor, ora apelante, a pagar os débitos vencidos.

Afirma o Recorrente que a indevida inclusão do seu nome nos cadastros de inadimplentes causou-lhe danos morais.

É pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que, "nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral configura-se *in re ipsa*, prescindindo de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica" (STJ, AgRg no Ag 1261225/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 15.08.2011).

Na hipótese dos autos, entretanto, verifico que não restou demonstrada a efetiva inscrição indevida do nome do Apelante nas listas restritivas de crédito, na medida em que ele próprio afirmou que "teve que deixar de pagá-la [a conta]" (f. 05), reconhecendo, assim, que não efetuou o pagamento das suas faturas.

Dessa forma, o nome do Apelante foi inscrito nos cadastros de inadimplentes por força de dívida vencida e não paga, não havendo que se falar, portanto, em dano moral.

Acerca do assunto, colaciono o seguinte julgado:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS - DÉBITO NÃO QUITADO - INCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES - POSSIBILIDADE […] Revelando-se incontroverso o débito da autora para com a ré, conforme apurado pela perícia, não vislumbro ilegalidade ou irregularidade quanto à inclusão de seu nome nos cadastros do SPC e SERASA […] Estando o contratante em atraso com o pagamento de suas prestações, a inscrição nos cadastros de inadimplentes constitui exercício regular de direito do credor. (TJMG, Apelação Cível 1970117-55.2006.8.13.0024, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª Câmara Cível, julgamento em 09.08.2012, publicação em 21.08.2012)

Além disso, está evidenciado que o Recorrente utilizou os serviços prestados pela Apelada (f. 92-99), não prosperando, por conseguinte, o pedido de desfazimento do débito.

Desse modo, afigura-se acertado o *decisum* que julgou improcedente o pedido exordial.

Por outro lado, constato que o Magistrado de 1º Grau não respeitou o princípio da adstrição ou da congruência entre o pedido e a sentença (arts. 128 e 460 do CPC[1]), porquanto, mesmo não tendo havido reconvenção, condenou o Demandante, ora recorrente, a pagar os débitos existentes e não pagos, razão pela qual deve ser desconstituída, de ofício, essa parte da sentença.

Sobre o tema, Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa ensinam que:

> "A sentença 'extra petita' é nula, porque decide causa diferente da que foi posta em juízo (ex.: a sentença 'de natureza diversa da pedida' ou que condena em 'objeto diverso' do que fora demandado). O tribunal deve anulá-la".
> (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 566)

No mesmo diapasão, os seguintes arestos:

> […] DIREITO PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. […]
> 1. Havendo julgamento de pedido estranho à lide, é imperioso o reconhecimento do julgamento *extra petita*, que consequencializa a nulidade do *decisum* e a prolação de nova decisão. […]
> (STJ, AgRg no REsp 1118668/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1ª Turma, DJe 01.10.2010)

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. […] JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. CAUSA DE PEDIR. […] PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO OU DA CONGRUÊNCIA. […]
> 1. Segundo o princípio da adstrição ou da congruência, deve haver necessária correlação entre o pedido/causa de pedir e o provimento judicial (artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil), sob pena de nulidade por julgamento *citra*, *extra* ou *ultra petita*. […]
> (STJ, REsp 1169755/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), 3ª Turma, DJe 26.05.2010)

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. […] AUSÊNCIA DE PEDIDO - SENTENÇA - *EXTRA PETITA* […]
> Tratando-se de ação de rescisão de contrato cumulada com reintegração de posse e, inexistindo reconvenção, tem-se que o deferimento aos réus de indenização pelas benfeitorias e do direito de retenção vai além do que fora pedido pelo autor, ora apelante. Assim, por ter deferido prestação jurisdicional diversa da constante do pleito exordial, e inexistente regular

[1] Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

> pedido contraposto tem-se como indene de questionamento que a r. a sentença proferida é *extra petita* e, portanto, nula. […]
> (TJMG, Apelação Cível 1978533-81.2007.8.13.0701, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, 16ª Câmara Cível, julgamento em 03.03.2011, publicação em 01.04.2011)

Desse modo, caracterizado o julgamento *extra petita*, tendo em vista que o Juiz *a quo* não decidiu dentro dos limites do pedido constante da petição inicial, deve ser desconstituída, de ofício, a parte da sentença que extrapolou as fronteiras do pleito preambular.

No mais, considerando a modificação da parte dispositiva do *decisum*, deve o Apelante (vencido) pagar as custas processuais e os honorários advocatícios da Apelada (vencedora), os quais arbitro em R$ 500,00 (quinhentos reais), com esteio no art. 20, § 4º, do CPC, haja vista a ausência de condenação, restando desacolhido, por via de consequência, o argumento do Recorrente no sentido de que não lhe cabe pagar a verba sucumbencial.

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, mas para negar-lhe provimento e, de ofício, desconstituo a parte da sentença que condenou o Apelante a pagar os débitos vencidos e imponho ao Recorrente a obrigação de arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios da Apelada, os quais fixo em R$ 500,00 (quinhentos reais), mantendo, no mais, a sentença combatida.

Fortaleza, 26 de novembro de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0108746-39.2008.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTE: SMAFF NORDESTE VEÍCULOS LTDA.
APELADO: CÁSSIO TERLIAN MARTINS GOMES
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR, DE ILEGITIMIDADE DAS PARTES E DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL REJEITADAS. COMPRA DE AUTOMÓVEL ZERO KM. DEMORA E INFORMAÇÕES INSUFICIENTES SOBRE O PRAZO DE ENTREGA DO VEÍCULO. NECESSIDADE DE BOA-FÉ NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. MULTA DE 10% SOBRE O VALOR TOTAL DO CARRO INDEVIDAMENTE RETIDA PELA APELANTE. OFENSA AO ART. 476 DO CÓDIGO CIVIL. DEVOLUÇÃO QUE SE IMPÕE. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. RECURSO IMPROVIDO.

1. O interesse de agir está presente quando a parte tem que se valer do Poder Judiciário para a solução de uma pretensão que sofre resistência por aquele contra quem contrapõe o seu pedido.

2. A legitimidade ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste ao pleito.

3. Não há que se falar em inépcia da petição inicial, por ausência de prova pré-constituída, pois, no rito ordinário, caso dos autos, as provas podem ser produzidas durante a instrução processual.

4. Nas relações de consumo, a boa-fé é indispensável, razão pela qual cabia à Apelante ter informado ao Apelado por escrito o prazo de entrega do veículo. Se assim não o fez, é de se considerar como verdadeiro o lapso temporal de 30 dias afirmado pelo Recorrido. Segundo a teoria da carga dinâmica da prova, o ônus da prova deve ser imputado à parte que tem melhores condições de produzi-la.

5. Tendo a Apelante dado causa à rescisão contratual, não entregando o automóvel na data aprazada, afigura-se indevida a retenção da soma correspondente à penalidade, motivo pelo qual deve ser devolvida ao Recorrido a multa de 10% sobre o valor total do carro (R$ 2.674,00).
6. Havendo o Apelado gasto a quantia de R$ 170,00 com transporte, em razão do atraso na entrega do veículo, deve ser indenizado pelos danos materiais sofridos.
7. O montante da indenização por danos morais, fixado em R$ 6.000,00 (seis mil reais), deve ser mantido, vez que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.
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

Cuida-se de Apelação manejada por Smaff Nordeste Veículos Ltda., adversando a sentença proferida pelo Juízo da 28ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação de reparação de danos morais e materiais proposta em seu desfavor por Cássio Terlian Martins Gomes, julgou procedente o pedido.

Na peça exordial (f. 03-11), alega o Demandante que, em 14.04.2007, negociou com a Demandada a compra de um veículo Gol City 1.0 (SWLL4), cor preta, pelo valor de R$ 26.740,00 (vinte e seis mil setecentos e quarenta reais), ficando acertado que o pagamento se daria da seguinte forma: R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) como garantia e, quando da entrega do veículo, o que se daria em 30 (trinta) dias após a referida data, o montante de R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), ficando acordado, ainda, que o Requerente pagaria o IPVA/TAC, no valor de R$ 502,00 (quinhentos e dois reais), sendo o restante do valor do carro financiado.

Afirma o Promovente, demais disso, que, em 24.05.2007, depositou na conta da Requerida a quantia de R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) e que, por ter decorrido prazo superior ao que restou combinado, procurou a Demandada por diversas vezes, tendo sido por ela imposta uma solução para o problema, consistente na

devolução apenas de parte do que tinha pago (R$ 12.326,00), pois o valor de R$ 2.674,00 (dois mil seiscentos e setenta e quatro reais) ficaria retido em favor da Promovida, a título de multa.

O Autor argumenta, ademais, que, em 20.06.2007, foi o montante de R$ 12.326,00 (doze mil trezentos e vinte e seis reais) efetivamente depositado em sua conta, à sua revelia, havendo a Requerida se apropriado indevidamente de R$ 2.674,00 (dois mil seiscentos e setenta e quatro reais), multa equivalente a 10% (dez por cento) sobre o valor do carro, a título de desistência injustificada do negócio.

Sustentando que tais fatos causaram-lhe decepção e dor psíquica e que foi obrigado a alugar uma moto para se locomover, postulou o Promovente indenização por danos morais no valor de R$ 57.156,00 (cinquenta e sete mil cento e cinquenta e seis reais) e por danos materiais no valor de R$ 170,00 (cento e setenta reais), referente à locação da moto, e a restituição da quantia de R$ 2.674,00 (dois mil seiscentos e setenta e quatro reais), que ficou retida a título de multa, requerendo, além disso, a condenação da Promovida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Em sentença de f. 114-121, o Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, condenando a Requerida ao pagamento do valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais), a título de indenização por danos morais, de R$ 170,00 (cento e setenta reais), a título de indenização por danos materiais e à devolução do valor de R$ 2.674,00 (dois mil seiscentos e setenta e quatro reais), além das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais foram arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Em suas razões recursais (f. 124-148), a Apelante aduz, em primeira preliminar, a ausência de interesse de agir, em segunda preliminar, a ilegitimidade das partes e, em terceira preliminar, a inépcia da petição inicial.

No mérito, a Recorrente alega, em sinopse, que:

a) o Apelado não comprovou as suas alegações, de modo que deve ser julgado improcedente o pedido inaugural;

b) foi informado ao Recorrido, no ato da compra (14.04.2007), que o carro seria entregue no prazo de 45 (quarenta e cinco) a 60 (sessenta) dias;

c) a previsão de chegada do veículo, inicialmente, era de 60 (sessenta) dias da emissão do pedido (pedido feito em 23.04.2007 e previsão de chegada em 23.06.2007), tendo sido o prazo de entrega prorrogado pela fábrica para o dia 30.06.2007;

d) o carro foi faturado em 31.05.2007 e chegou à concessionária em 12.06.2007, estando, portanto, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias;

e) o Apelado, mesmo não tendo esgotado o prazo de entrega do automóvel, decidiu rescindir o contrato, razão pela qual deve arcar com a multa contratual de 10% (dez por cento) sobre o valor total do carro;

f) não foi praticado qualquer ato ofensivo à honra ou à imagem do Recorrido, motivo pelo qual não há que se falar em indenização por danos morais;

g) o Apelado não comprovou que os alegados danos materiais foram por ela causados.

Pugna a Apelante, enfim, pelo provimento do recurso, acolhendo-se as preliminares (com a consequente extinção do feito, sem resolução de mérito) ou reformando-se a sentença impugnada.

Em suas contrarrazões (f. 152-172), o Apelado requer o improvimento do apelo, mantendo-se integralmente o *decisum* impugnado.

É o relatório, no essencial.

VOTO

Passo a examinar as preliminares de ausência de interesse de agir, de ilegitimidade das partes e de inépcia da petição inicial, levantadas pela Apelante.

Em primeira preliminar, argumenta a Recorrente que é manifesta a ausência de interesse de agir, haja vista que o Recorrido ajuizou a demanda em tela com o objetivo de ser ressarcido de parcela que não mais é devida.

Razão não assiste à Apelante.

O interesse de agir, que está presente quando a parte necessita buscar a tutela jurisdicional, consiste na imprescindibilidade de o autor vir a juízo para que o Estado decida a controvérsia existente entre as partes.

Em outras palavras, o interesse de agir está presente quando a parte tem que se valer do Poder Judiciário para a solução de uma pretensão que sofre resistência por aquele contra quem contrapõe o seu pedido.

Nesse diapasão, o seguinte julgado:

> […] PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR SUSCITADA EM CONTRARRAZÃO AFASTADA. […]
> 1. Preliminar de falta de interesse de agir. Não há falar em ausência de interesse de agir, quando para a obtenção do resultado pretendido, a parte necessita da intervenção do órgão jurisdicional. Preliminar afastada. […]
> (TJCE, Apelação Cível 40947-13.2007.8.06.0001/1, Rel. Des. Francisco Suenon Bastos Mota, 5ª Câmara Cível, registro em 24.02.2012)

Na hipótese dos autos, é nítido o interesse de agir do Promovente, ora apelado, porquanto teve ele que recorrer ao Poder Judiciário para obter a tutela pretendida (indenização por danos morais e materiais, além da devolução do valor retido pela Promovida, ora apelante, a título de multa).

Dessa forma, rejeito a prejudicial de ausência de interesse de agir.

Em segunda preliminar, que também não procede, sustenta a Apelante que as partes são ilegítimas.

Reconhece-se a legitimidade das partes pela titularidade dos interesses objeto da lide, competindo-lhes os respectivos polos da demanda, conforme sua qualidade frente à pretensão, afirmando-a (ativo) ou a ela resistindo (passivo).

Assim sendo, a legitimidade ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste ao pleito.

Acerca do assunto, colaciono o seguinte aresto:

> […] ILEGITIMIDADE PASSIVA. […] É parte legítima ativa aquela pessoa titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade passiva decorre do fato de se indicar aquele que, sendo procedente o pedido deve suportar os efeitos oriundos da sentença. […]
> (TJMG, Apelação Cível 0084456-43.2003.8.13.0452, Rel. Des. Pereira da Silva, 10ª Câmara Cível, julgamento em 12.05.2009, publicação em 29.05.2009)

No caso dos autos, é patente a legitimidade de ambas as partes, na medida em que o Demandante, ora recorrido, é o legitimado ativo (titular do interesse afirmado na pretensão), sendo a Demandada, ora recorrente, a legitimada passiva do litígio em tablado, uma vez que é ela a titular do interesse que resiste ao pleito autoral.

Desse modo, rejeito a prejudicial de ilegitimidade das partes.

Em terceira preliminar, alega a Apelante que, por não ter o Apelado comprovado a efetiva ocorrência dos apontados danos morais, deve ser indeferida a peça vestibular.

Razão não lhe assiste.

A ausência de prova pré-constituída não é caso de inépcia da preambular, pois, no rito ordinário, caso dos autos, as provas podem ser produzidas durante a instrução processual.

Assim sendo, rejeito a prejudicial de inépcia da petição inicial.

Dessa forma, rejeitando as três preliminares, passo ao exame do mérito.

Meritoriamente, a sentença deve ser mantida.

Na espécie, o Apelado efetuou a compra de um automóvel Gol City 1.0 em 14.04.2007, havendo dado, como sinal, a quantia de R$ 1.500,00 (f. 20).

Ficou acertado, ademais, que o Recorrido pagaria R$ 13.500,00 “na chegada do veículo” (f. 20), havendo o pagamento sido efetuado, mesmo sem o recebimento do carro, em 24.05.2007 (f. 18), vale dizer, quarenta dias após a data da compra (14.04.2007).

Nas relações de consumo, a boa-fé é indispensável, razão pela qual cabia à Apelante ter informado ao Apelado por escrito o prazo de entrega do veículo. Se assim

não o fez, é de se considerar como verdadeiro o lapso temporal de 30 dias afirmado pelo Recorrido.

Acrescento, ainda, que esta Corte tem adotado a chamada teoria da carga dinâmica da prova, segundo a qual o ônus da prova deve ser imputado à parte que tem melhores condições de produzi-la, conforme demonstra o seguinte aresto, transcrito no que interessa:

> […] CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DAS PROVAS - IMPOSSIBILIDADE NA ESPÉCIE POR AUSÊNCIA DE EXPRESSA PACTUAÇÃO. […]
> Com vistas a evitar que o julgador se abstenha de decidir ante a ausência de lastro probatório, aplicado restou, *in casu*, a Teoria da Carga Dinâmica da Prova, segundo a qual o ônus da prova deve ser imputado à parte que melhores condições têm de produzi-la. Logo, não tendo a instituição financeira Ré apresentado prova de que a capitalização, em qualquer periodicidade, tenha sido expressamente pactuada, reconheço por inaplicável a sua cobrança. […]
> (TJCE, Apelação Cível 709201-33.2000.8.06.0001/1, Rel. Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira, 2ª Câmara Cível, julgamento em 11.11.2010)

No mesmo diapasão, os seguintes julgados: 1) TJCE, Apelação 15799-34.2006.8.06.0001/1, Rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, 1ª Câmara Cível, julgamento em 27.09.2010; e 2) TJCE, Apelação 723842-26.2000.8.06.0001/1, Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3ª Câmara Cível, julgamento em 21.09.2009.

De mais a mais, como bem asseverou o Magistrado *a quo*, o prazo de 30 (trinta) dias "é a média de entrega de carros populares nas mais diversas concessionárias da cidade" (f. 118).

Além disso, saliento que a Apelante somente enviou o pedido à fábrica em 23.04.2007 (f. 62-63 e f. 136), vale dizer, 9 (nove) dias após a data da compra (14.04.2007), quando foi realizado o primeiro pagamento (R$ 1.500,00) pelo Apelado, o que demonstra negligência da sua parte.

Cabe evidenciar, ademais, que as "propostas de veículo – internet" (f. 62-63 e f. 66), as quais previam a chegada do veículo, respectivamente, para os dias 23.06.2007 e 30.06.2007, foram elaboradas pela Concessionária, sem a participação do Comprador (não foram por ele assinadas), donde se pode inferir que o Recorrido não teve conhecimento dessas datas, de tal sorte que, se o Apelado tivesse tomado ciência do provável período de entrega, é possível que tivesse desistido da compra, pois teria que esperar o longo período de quase 80 (oitenta) dias (se o veículo chegasse apenas em 30.06.2007, considerando que a aquisição ocorreu em 14.04.2007).

A própria Recorrente afirma que o carro chegou à concessionária somente em 12.06.2007 (f. 136), ou seja, quase 60 (sessenta) dias após a feitura do negócio (14.04.2007).

Dessa forma, a multa contratual de 10% sobre o valor do carro é indevida, na medida em que o Recorrido cumpriu rigorosamente as suas obrigações, razão pela qual foi injusta e arbitrária a devolução (f. 22), efetuada pela Recorrente, somente de R$ 12.326,00 (R$ 15.000,00 pagos pelo Apelado menos o valor de R$ 2.674,00, correspondente à multa de 10% sobre o valor total do carro), importando destacar que não foi respeitado o art. 476 do Código Civil, *in verbis*:

> Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Maria Helena Diniz, examinando o citado dispositivo, ensina que:

> "No contrato bilateral cada um dos contratantes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro, pois produz direitos e obrigações para ambos. A *exceptio non adimpleti contractus* é a cláusula resolutiva tácita que se prende ao contrato bilateral. Isto é assim porque o contrato bilateral requer que as duas prestações sejam cumpridas simultaneamente, de forma que nenhum dos contratantes poderá, antes de cumprir sua obrigação, exigir o implemento da do outro".
> (Código Civil Anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 396)

Desse modo, tendo a Apelante dado causa à rescisão contratual, não entregando o automóvel na data aprazada, afigura-se indevida a retenção da soma correspondente à penalidade, motivo pelo qual deve ser devolvida ao Recorrido a multa de 10% sobre o valor total do carro (R$ 2.674,00).

Demais disso, por ter ficado sem carro, eis que tinha vendido o seu veículo anterior, o Recorrido, em 31.05.2007, após esperar mais de 40 (quarenta) dias pelo recebimento do novo automóvel (considerando o dia 14.04.2007, data da compra), teve que alugar uma moto para a sua locomoção, havendo gasto a quantia, devidamente comprovada, de R$ 170,00 (f. 24-25).

Assim sendo, deve o Apelado ser indenizado pelos danos materiais sofridos, em montante equivalente a R$ 170,00.

Por último, tenho que as adversidades suportadas pelo Recorrido, haja vista o descumprimento do prazo para a entrega do seu veículo, causaram-lhe 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$ 6.000,00 (seis 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.

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

Fortaleza, 17 de dezembro de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0573022-92.2000.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTES: JOSÉ TADEU SILVA DO NASCIMENTO E TELEVISÃO CAPITAL DE FORTALEZA LTDA. – TV DIÁRIO
APELADO: GILBER ALEXSSANDRO DO NASCIMENTO SILVA
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. NOTÍCIAS VEICULADAS EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. ABUSO. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. REDUÇÃO DO *QUANTUM* REPARATÓRIO. REFORMA, DE OFÍCIO, DA PARTE DA SENTENÇA QUE TRATOU SOBRE OS JUROS MORATÓRIOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O direito fundamental à liberdade de expressão não é absoluto, encontrando limite em outros direitos de igual hierarquia e importância, entre os quais o da intimidade e o da vida privada (Art. 5º, X, da CF/1988). A própria Constituição Federal, ao mesmo tempo em que assegura a livre manifestação do pensamento, veda o anonimato (Art. 5º, IV, da CF/1988) e prevê o direito de indenização pelos danos morais sofridos (Art. 5º, V, da CF/1988).

2. A divulgação, na imprensa, de notícias que extrapolam a liberdade de informação e violam a dignidade humana causa dano moral, gerando a obrigação de indenizar.

3. Diferentemente do que alegam os Apelantes, a notícia veiculada pelo programa não se limitou a divulgar, vale dizer, não teve finalidade puramente informativa, mas foi além, utilizando termos que ridicularizaram a pessoa do Recorrido, causando-lhe danos morais, motivo pelo qual deve ele ser indenizado, aplicando-se à hipótese em discussão os arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil.

4. O valor da indenização por danos morais deve ser estipulado com razoabilidade, observadas as características do caso concreto, devendo ser reduzido de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para R$ 10.000,00 (dez mil reais), *quantum* que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

5. Reforma, de ofício, da parte da sentença que tratou sobre os juros moratórios, os quais são devidos a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ, à taxa de 0,5% ao mês até 10 de janeiro de 2003 (início da vigência do Código Civil de 2002) e, a partir de então, à taxa de 1% ao mês, em conformidade com o art. 406 do CC/2002 e com o art. 161, § 1º, do CTN.
6. Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Cogita-se de Apelação manejada por José Tadeu Silva do Nascimento e Televisão Capital de Fortaleza Ltda. – TV Diário, adversando a sentença proferida pelo Juízo da 10ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação de reparação de danos morais contra eles proposta por Gilber Alexssandro do Nascimento Silva, julgou parcialmente procedente o pedido.

Na peça exordial (f. 02-24), o Autor, policial militar do Estado do Ceará, sustenta que, nos dias 1º e 2 de agosto de 2001, o programa Rota 22, apresentado pelo demandado José Tadeu Silva do Nascimento e transmitido pela requerida Televisão Capital de Fortaleza Ltda. – TV Diário, a pretexto de tornar pública a ocorrência de infração cometida pelo Demandante, veiculou injuriosas expressões contra a sua pessoa, ofendendo a sua moral e a sua honra.

Além disso, o Requerente alega que o Promovido não dispensa a oportunidade de criticá-lo e de ofendê-lo através do programa que apresenta, afirmando, ainda, que a sindicância realizada pela Polícia Militar do Estado do Ceará, instituída com a finalidade de apurar a suposta irregularidade noticiada pelo mencionado apresentador de TV, concluiu que o Autor não praticou qualquer ilícito administrativo ou penal.

Argumentando que tais fatos causaram-lhe danos morais, requereu o Promovente a condenação da Televisão Capital de Fortaleza Ltda. – TV Diário ao pagamento de indenização em valor correspondente a 500 (quinhentos) salários mínimos

e a condenação de José Tadeu Silva do Nascimento ao pagamento de indenização em montante equivalente a 100 (cem) salários mínimos, postulando, ademais, a transmissão, no mesmo horário do programa Rota 22, do texto integral da sentença.

Sentenciando o feito (f. 412-417), o Juiz de 1º Grau julgou parcialmente procedente o pedido, indeferindo o pleito relativo à imposição da transmissão do teor do *decisum* na grade de programação da Emissora requerida e condenando os Demandados a pagarem ao Autor, de forma solidária, a título de indenização por danos morais, a quantia de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), com correção monetária pelo INPC a partir da sentença e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação, além das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais foram arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Os Apelantes, em suas razões recursais (f. 421-442), aduzem, em sinopse, que:

a) a matéria veiculada pela TV Diário, além de ser verídica, não teve o propósito de ferir a imagem, a dignidade ou o decoro do Recorrido, limitando-se a noticiar fato de interesse público, o qual chegou ao conhecimento dos Recorrentes através de informações prestadas por agentes públicos, de tal sorte que não foi praticado qualquer ato ilícito;

b) impedir que a população tome conhecimento sobre fatos do cotidiano seria retornar aos costumes da ditadura militar;

c) o possível aborrecimento do Recorrido em nada se confunde com o dano de ordem moral, não havendo que se falar, portanto, em indenização por danos morais;

d) ainda que se entenda pela sua condenação, deve ser reduzido o *quantum* indenizatório de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), fixado pelo Juiz de 1º Grau.

Pugnam os Apelantes, enfim, pelo provimento do recurso, com a consequente reforma da sentença impugnada, de modo que seja julgado improcedente o pedido inaugural ou que seja reduzido o montante reparatório.

Em suas contrarrazões (f. 449-459), o Apelado requer o improvimento do apelo, mantendo-se integralmente a sentença atacada.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso merece apenas parcial provimento. Demais disso, deve ser reformada, de ofício, a parte da sentença que tratou sobre os juros moratórios.

A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos diz respeito à responsabilidade civil por notícias, veiculadas por programa de televisão, ofensivas à honra de pessoa.

Inicialmente, cabe lembrar que o direito fundamental à liberdade de expressão não é absoluto, encontrando limite em outros direitos de igual hierarquia e importância, entre os quais o da intimidade e o da vida privada (Art. 5º, X, da CF/1988).

A própria Constituição Federal, ao mesmo tempo em que assegura a livre manifestação do pensamento, veda o anonimato (Art. 5º, IV, da CF/1988) e prevê o direito de indenização pelos danos morais sofridos (Art. 5º, V, da CF/1988).

A imprensa tem o importante papel de informar e divulgar fatos, narrando os acontecimentos com fidelidade e impessoalidade, devendo ser salientado que a divulgação de notícias que extrapolam a liberdade de informação e violam a dignidade humana causa dano moral, gerando a obrigação de indenizar.

No caso dos autos, o apresentador do programa Rota 22 (José Tadeu Silva do Nascimento, ora apelante), transmitido pela TV Diário, ora recorrente, disse, em síntese, que:

> "[...] Um Tenente displicente que perdera os documentos durante o serviço, ao chegar na Companhia colocou todos os policiais que estavam de plantão sob suspeição, mandou que todo mundo tirasse a roupa enfileirado para serem revistado (sic) por ele. Nós contamos a humilhação dos policiais, de soldados a sargentos, obrigados a arriar até as cuecas para que o Tenente insensatamente lhes revistasse. Foi tudo verdade absoluta e até ingressaram na Justiça contra mim, alegando que era perseguição contra o Tenente. Eu só me equivoquei numa coisa: na Companhia. Esse absurdo não aconteceu na Sétima, que fica lá na Maraponga, mas aconteceu na Quarta Companhia do Quinto BPM, que fica na Avenida Luciano Cavalcante e o Tenente foi Gilber Alexssandro do Nascimento Silva, o mesmo que deu voz de prisão a Cícero Lúcio. […] Os militares que sofreram constrangimento são os soldados Edmar, Guerra, Cirnei, Almeida, Narcélio, Câmara e os sargentos Santana e Neves. Isso foi no dia dezoito de dezembro do ano passado, no turno da noite. A sindicância que foi promovida pelo Comando da PM foi tão mal feita mas tão mal feita que nem sequer ouviu um dos três soldados a quem o Tenente Gilber Alexssandro mais suspeitava, que era o soldado Guerra – não se sabe por quê. De todos os humilhados somente um, o sargento Santana 'mordeu a corda' e disse apenas na sindicância que apenas se despiu por livre e espontânea vontade. Ora, os outros relatam que arriaram as calças para o Oficial por livre e espontânea pressão. Daí o constrangimento que somente poderá ser reparado na justiça. Alguns estão ingressando com ação no judiciário contra o Oficial, já que a sindicância mandava arquivar a reclamação deles junto ao Comando, por mais absurdo que isso pareça. […]" (f. 05-07)

A despeito de haver tênue liame a ser analisado em tais casos, deve ser observado se o agente limitou-se ao *animus narrandi*, não excedendo os limites necessários e efetivos da narrativa, ou se, por outro lado, existe o *animus injuriandi*, a caracterizar o abuso da liberdade de imprensa, caso em que deverá ocorrer o ressarcimento pelos danos morais sofridos.

Assim sendo, o jornalista deve ter a necessária acuidade para não ofender a pessoa de quem se fala, sob pena de, ao extrapolar, causar danos de ordem moral, gerando o direito ao ressarcimento.

Os Apelantes argumentam que o fato é verídico, razão pela qual não foi praticado qualquer ato ilícito.

Razão não lhes assiste.

O Juiz de 1º Grau bem decidiu o problema relativo ao fato de ser verdadeira, ou não, a notícia em tela, asseverando, na sentença combatida, que "a questão realmente importante para o deslinde da causa não é tanto se a notícia é verdadeira ou falsa, mas se o apresentador, ao expor os fatos, transbordou o que seria adequado em sua divulgação, tecendo comentários que, desnecessariamente, macularam a honra do noticiado", afirmando, ademais, que "a princípio, a veiculação de notícias desfavoráveis a alguém não representa ato ilícito, se o responsável a tem como verdadeira e não excede o que se considera adequado na forma de exposição dos fatos" (f. 414).

De mais a mais, não prospera a alegação dos Recorrentes de que se limitaram a narrar o fato com base em informações fornecidas por agentes públicos.

Na espécie, o texto em análise, diferentemente do que alegam os Apelantes, não se limitou a divulgar, vale dizer, não teve finalidade puramente informativa, mas foi além, utilizando termos que ridicularizaram a pessoa do Recorrido, causando-lhe danos morais, motivo pelo qual deve ele ser indenizado, aplicando-se à hipótese em discussão os arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil[1].

Dessa forma, restando caracterizado o abuso da liberdade de imprensa, deve o Recorrido ser indenizado pelos danos morais experimentados, cabendo ser trazido à baila, por oportuno, trecho de voto do Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, proferido na Apelação Crime 459306-90.2000.8.06.0000/0, *in verbis*:

> "Deveras, tem-se assistido, no cotidiano, a um paradoxo curioso: de um lado, a imprensa cobra, de maneira implacável, ética da sociedade e de seus atores; de outra banda, no anseio do furo e da divulgação de matéria sensacionalista, age com pouca ou nenhuma ética, difamando pessoas, sem medir as consequências de seus atos, esquecendo que a tortura da alma é tão ou mais maligna do que a física; as feridas do espírito custam mais a sarar do que as do corpo".
> (TJCE, Apelação Crime 459306-90.2000.8.06.0000/0, 1ª Câmara Criminal)

Acerca do assunto, colaciono os seguintes arestos:

1 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.

CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS. REPORTAGEM VEICULADA POR EMISSORA DE TELEVISÃO. FRAUDE EM CONCURSO PÚBLICO. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. VIOLAÇÃO À HONRA E IMAGEM DO AUTOR. EXPOSIÇÃO VEXATÓRIA. ATO IMPUTADO A PREPOSTO DA PROMOVIDA. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. III. Apesar de a Constituição Federal (arts. 5º, incisos IV, IX e XIV e 220) assegurar a liberdade de expressão e de imprensa, tal liberdade não é absoluta, possuindo limites do próprio sistema constitucional no qual está inserida, de forma a resguardar-se o direito à integridade da honra, à imagem e a dignidade do cidadão (CF, art. 5º, X). IV. *In casu*, constata-se ter ocorrido extrapolação dos limites permitidos à liberdade de imprensa, acarretando danos de ordem moral ao requerente. […]
(TJCE, Apelação Cível 47475-29.2008.8.06.0001/1, Rel. Des. Clécio Aguiar de Magalhães, 5ª Câmara Cível, registro em 03.05.2011)

CONSTITUCIONAL E CIVIL. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO: NOTÍCIA VEICULADA EM JORNAL. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. ABUSO. OFENSA À IMAGEM E À HONRA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR. […]
3. O direito fundamental à liberdade de expressão não é absoluto, encontrando limites em outros direitos de igual hierarquia e importância, entre os quais o da intimidade e da vida privada (Art. 5º, X da CF/88). […]
(TJCE, Apelação Cível 446887-38.2000.8.06.0000/0, Rel. Desa. Maria Iracema Martins do Vale, 4ª Câmara Cível, registro em 26.07.2010)

CONSTITUCIONAL E CIVIL. NOTÍCIA VEICULADA EM JORNAL. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. ABUSO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR. VALOR MINORADO. SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE.
1. A divulgação de notícia na imprensa que extrapola a liberdade de informação e viola a dignidade humana implica obrigação de indenizar. […]
(TJCE, Apelação Cível 5353-48.2001.8.06.0000/0, Rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, 1ª Câmara Cível, registro em 17.09.2009)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - MATÉRIA VEICULADA EM JORNAL - NÃO ATENDIMENTO AO *ANIMUS NARRANDI* - IMPUTAÇÃO DE CONDUTA DESABONADORA - DANOS MORAIS - DEVER DE INDENIZAR.
- O jornalismo caracteriza-se como atividade profissional que visa coletar, investigar, analisar e transmitir periodicamente ao grande público, ou a segmentos dele, informações da atualidade, utilizando veículos de comunicação (jornal, revista, rádio, televisão etc.) para difundi-las. - Restando comprovado que o agente não se limitou ao *animus narrandi* nas publicações, excedendo os limites necessários e efetivos da narrativa, resta comprovado o *animus injuriandi* que caracteriza abuso da liberdade de imprensa, de molde a acarretar ressarcimento de dano moral.

> (TJMG, Apelação Cível 0118573-98.2011.8.13.0672, Rel. Des. Nicolau Masselli, 13ª Câmara Cível, julgamento em 16.02.2012, publicação em 29.02.2012)

Assim, postas as premissas necessárias, passo a analisar o valor da indenização arbitrada a título de danos morais.

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

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

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

> "A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento ilícito, nem tão pequena que se torne inexpressiva".
> (Caio Mário da Silva Pereira *in* Responsabilidade Civil. 2. 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 Juiz *a quo* fixou valor mais elevado do que aquele que se mostra apropriado, devendo o montante ser reduzido para R$ 10.000,00 (dez mil reais), *quantum* que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

A correção monetária do montante reparatório por danos morais deve observar 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 ocorrer, portanto, a partir da prolação do presente acórdão.

Não tendo o Magistrado de 1º Grau tratado adequadamente sobre os juros moratórios, reformo, de ofício, essa parte da sentença.

Os juros moratórios devem ser fixados, a contar do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ ("os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual"), em 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês até 10 de janeiro de 2003 (início da vigência do Código Civil de 2002) e, a partir de então, em 1% (um por cento) ao mês, em conformidade com o art. 406 do CC/2002 e com o art. 161, § 1º, do CTN.

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, dando-lhe parcial provimento, apenas para reduzir o *quantum* indenizatório por danos morais de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para R$ 10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária a partir da data do arbitramento, neste Tribunal, nos termos da Súmula 362 do STJ, e, de ofício, reformo a parte da sentença que tratou sobre os juros moratórios, fixando-os, a contar do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ, em 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês até 10 de janeiro de 2003 (início da vigência do Código Civil de 2002) e, a partir de então, em 1% (um por cento) ao mês, mantendo, no mais, o *decisum* impugnado.

Fortaleza, 1 de julho de 2013.

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL N. 36673-40.2006.8.06.0001/1
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADOS: FRANCISCO PLÁCIDO TEIXEIRA E OUTROS
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. TETO REMUNERATÓRIO PREVISTO NO ART. 37, INCISO XI DA CRFB. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41. AUSÊNCIA DE DIREITO **ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO ANTERIOR, TAMPOUCO A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE IRREDUTIBILIDADE VENCIMENTAL EM FACE DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DE SUBTETOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. SUJEIÇÃO DE QUALQUER TIPO DE REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES, AO TETO REMUNERATÓRIO, INCLUÍDAS AS VANTAGENS PESSOAIS, EXCETO AQUELAS PERCEBIDAS ANTERIORMENTE À EC 41. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDO E DESPROVIDO, A FIM DE MANTER INALTERADA A SENTENÇA VERGASTADA.**

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

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

3. “Sujeita-se ao teto remuneratório qualquer tipo de remuneração dos servidores, além de proventos e pensões, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. ***Manual de Direito Administrativo,*** 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2006. p. 614) – ressalvadas as vantagens de cunho pessoal anteriores à EC 41 de 19.12.2003. Precedente do STF.
4. Por conseguinte, os subtetos estaduais e municipais devem observar o entendimento esposado pela Corte Suprema, quanto à exclusão das parcelas de cunho pessoal, do teto remuneratório, no que se refere aos proventos/pensões anteriores à EC n. 41.
5. Recurso de apelação conhecido e desprovido, a fim de manter incólume a sentença que determinou a exclusão das parcelas pessoais, do referido teto, concernentes ao período anterior a Emenda Constitucional 41 de 19.12.2003.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Cuidam-se os presentes autos de Apelação Cível, interposta pelo ESTADO DO CEARÁ em desfavor de FRANCISCO PLÁCIDO TEIXEIRA e outros, objetivando a reforma do julgado proferido pelo juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Ordinária de Preceito Cominatório cumulada com antecipação parcial de tutela, registrada sob o n. 36673-40.2006.8.06.0001/1.

Inicialmente, foi proposta Ação Ordinária, em face do Estado do Ceará, por meio da qual alegavam os promoventes/insurgentes, em apertada síntese, que são servidores fazendários, aos quais fora garantida a incorporação a seus vencimentos de vantagens pessoais, dentre as quais a Gratificação de Desempenho Fazendário – GDF. Em razão da supressão das referidas gratificações, para adequá-las ao teto remuneratório constitucional, alegam ofensa ao direito adquirido e ato jurídico perfeito.

Pela sentença de fls. 239/244, a ação foi julgada parcialmente procedente.

Embargos de Declaração às fls. 246/248, acolhidos às fls. 249/251, passando a sentença a ostentar a seguinte parte dispositiva:

> "Ante os fatos, provas, doutrina e jurisprudência alinhados, julgo procedente em parte a ação para declarar prescrita a GDF requerida pelos Autores por ter sido atingido o direito em si e procedente de outra banda o direito de serem as demais vantagens de natureza pessoal (fixas e variáveis) imediatamente excluídas do teto remuneratório, desta feita, mantendo e ratificando em seus precisos termos a decisão oriunda do EG-TJ/CE de fls. 173/174 que determinou a re-implantação das supracitadas vantagens a título de antecipação de tutela que ora torno definitiva […]
> Devendo referidas vantagens serem imediatamente implantadas e integralmente pagas em seus contracheques"

Irresignado, o Estado do Ceará interpôs Recurso de Apelação Cível às fls. 253/269, alegando em suma: a) "o teto remuneratório incide indistintamente para todos os servidores públicos, com a devida inclusão das vantagens pessoais", não havendo que se falar em ofensa aos princípios constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da irredutibilidade vencimental; b) inoponibilidade do direito adquirido ao poder constituinte derivado; c) o Prêmio por Desempenho Fiscal trata-se de "parcela devida em razão dos fatos ou situações individuais dos servidores, mas é típica parcela ligada ao exercício de uma categoria funcional e dos cargos que a compõe, tanto que é pago a inativos e pensionistas."; d) por não se tratar de parcela de caráter indenizatório, resta descabida a exclusão da referida verba do subteto.

Contrarrazões às fls. 276/280.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 291/297, opinou pelo desprovimento da insurgência.

Eis o relatório.

Ao revisor**.**

Relatório já anexado aos autos e devidamente submetido à revisão.

VOTO

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

Não havendo insurgência dos servidores promoventes quanto à declaração da prescrição da pretensão referente à percepção da Gratificação de Desempenho Fazendário – GDF, mister se faz averiguar o âmbito de incidência da norma insculpida no inciso XI, do art. 37 da CRFB – teto remuneratório do serviço público –, especificamente quanto à abrangência das parcelas de caráter pessoal.

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

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

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

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

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência pátrias são assentes em asseverar que "sujeita-se ao teto remuneratório qualquer tipo de remuneração dos servidores, além de proventos e pensões, percebidos cumulativamente ou não, **incluídas**

as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2006. p. 614).

Neste diapasão:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. **TETO REMUNERATÓRIO. SERVIDORES PÚBLICOS DO PODER EXECUTIVO. EXCLUSÃO DE GRATIFICAÇÃO GENÉRICA DE CARÁTER PESSOAL DO CÔMPUTO DA REMUNERAÇÃO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO TETO REMUNERATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, COM A REDAÇÃO EMPRESTADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/03.** AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.
> 1. Com o advento da Emenda Constitucional nº 41/03, as vantagens pessoais passaram a integrar, para todos os efeitos, a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos para fins de incidência do teto remuneratório aludido pelo art. 37, XI, da Carta Republicana. **2. Na espécie, servidores ocupantes de cargos efetivos do Poder Executivo, no âmbito da estrutura da Secretaria da Fazenda (SEFAZ-CE), visam afastar a Gratificação por Desempenho Fiscal (GDF) do cálculo de suas remunerações para os fins de incidência do teto remuneratório. Entretanto, tal postulação esbarra no art. 37, XI, da Constituição Federal, que prescreve que as vantagens de caráter pessoal também integram a remuneração para fins de incidência do teto remuneratório.** Precedentes. 3. Agravo conhecido e desprovido.
> (TJCE - Agravo de Instrumento 266773200780600000 – Relator(a): MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA - Órgão julgador: 2ª Câmara Cível - Data de registro: 19/05/2011)(sem grifos no original).

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

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TETO REMUNERATÓRIO. ARTS. 37, XI, DA CF/88. VANTAGENS PESSOAIS. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03.
> 1. Consoante a firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, até o advento da EC 41/2003 (ainda que posterior à EC 19/1998), devem as vantagens pessoais ser excluídas do teto remuneratório previsto no inciso XI do art. 37 da Magna Carta. 2. O Supremo Tribunal Federal já pacificou

> entendimento de que a pensão por morte deverá corresponder ao valor da respectiva remuneração do servidor falecido, respeitados os limites previstos no art. 37, XI, da Constituição Federal. 3. Agravos regimentais a que se nega provimento.
> (STF - RE 543650 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 16/11/2010, DJe-243 DIVULG 13-12-2010 PUBLIC 14-12-2010 EMENT VOL-02450-01 PP-00305)

No caso em jaez, a sentença vergastada determinou que fossem excluídas do teto remuneratório, previsto no art. 37, inciso XI da CRFB, as vantagens de natureza pessoal (fixas e variáveis). Como observado alhures, não há qualquer empecilho para que sejam estabelecidos subtetos estaduais e municipais – uma vez observados os parâmetros tracejados pelo referido dispositivo constitucional – quanto aos benefícios concedidos anteriormente à Emenda Constitucional n. 41, haja vista a ausência de direito adquirido a regime jurídico anterior, tampouco a garantia constitucional de irredutibilidade vencimental em face da nova ordem constitucional.

Frise-se, no entanto, que os subtetos estaduais e municipais devem observar o entendimento esposado pela Corte Suprema, quanto à exclusão das parcelas de cunho pessoal, do teto remuneratório, no que se refere às vantagens anteriores à EC n. 41:

> MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. **TETO REMUNERATÓRIO. VANTAGENS PESSOAIS.**
> 1. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* rejeitada, porquanto o Diretor de Pessoal da Polícia Militar do Ceará, autoridade apontada pelos impetrados como legítima a figurar no pólo passivo deste MS, apenas cumpre ordens de seu superior hierárquico, o Comandante Geral da PM, além de também estar jungido às diretrizes prefixadas pelo Secretário de Administração e pelo Governador do Estado. Desse modo, as autoridades ora impetradas detêm plena legitimidade passiva, à vista dos poderes de decisão inerentes a cada uma - ainda que em graus diferentes -, quanto à matéria versada nos autos. **2. No que se refere ao período anterior à Emenda Constitucional nº 41/2003, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que as vantagens de caráter pessoal não estão sujeitas ao teto remuneratório previsto no artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal ou em lei estadual ou municipal que estabeleça subteto de vencimento dos servidores locais.** 3. Na espécie, os impetrantes recebem em seus contracheques valores devidos a título de adicional de inatividade, gratificação por risco de vida e verba de representação. Todavia, tem-se por ausente a demonstração do caráter pessoal das referidas verbas, para que pudessem ser excluídas do cálculo do redutor constitucional. 4. "Para se definir quais gratificações são de caráter pessoal, tem-se que avaliar situação pessoal na qual se deu a concessão da vantagem, não se limitando simplesmente à verificação do seu *nomen iuris"*.(STJ, RMS 16.129/PI, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 11.04.2005). 5. Inexistência de prova pré-constituída do pretenso direito líquido e certo dos impetrantes e impossibilidade de dilação probatória em

> sede mandamental. 6. Segurança denegada, sem resolução de mérito, por ausência de uma das condições da ação, qual seja o interesse de agir, em sua vertente interesse-adequação, nos termos do art. 267, VI, do CPC c/c art. 19 da Lei nº 12.016/2009. Unanimidade. (TJCE - Mandado de Segurança 48778411200080600000 - Relator(a): LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO - Órgão julgador: Tribunal Pleno.

No caso em jaez, como as vantagens pessoais foram instituídas antes da Emenda Constitucional n. 41, mister se faz excluí-las do teto remuneratório previsto no art. 37, XI da CRFB, como o fez a decisão acicatada.

ISSO POSTO, conheço do recurso de apelação, para negar-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença vergastada.

É como voto.

Fortaleza, 29 de abril 2013.

PROCESSO Nº 0039420-50.2012.8.06.0001 – APELAÇÃO CÍVEL (SAJ-VIRTUAL)
APELANTES: SUZI ELAYNE SANTOS CAVALCANTE E OUTRAS
APELADO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE
RELATOR: DES. CARLOS ALBERTO MENDES FORTE

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA. SERVIDORAS PÚBLICAS. TERÇO DE FÉRIAS. APLICAÇÃO DAS REGRAS DO REGIME ESTATUÁRIO AO INVÉS DO CELETISTA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Cuidam os presentes autos de apelação cível interposta por Suzi Elayne Santos Cavalcante e outras, contra decisão do Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE, que julgou improcedente o pedido formulado na ação de conhecimento ajuizada pelas apelantes em razão de inexistir a previsão legal que lhe garanta dois períodos de férias de 30 (trinta) dias, e, por isso, não existe direito em receber duas vezes por ano o terço da sua remuneração.

2. APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA DE FÉRIAS. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE FORTALEZA. PROFESSOR. TERÇO DE FÉRIAS. PAGAMENTO DE ACORDO COM O ART. 7º, XVII, CF/88. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. (Apelação: 0072859-91.2008.06.0001; Relator: Francisco Suenon Bastos Mota; Órgão Julgador: 5ª Câmara; Data de registro: 10/07/2013).

3. Apelo conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 0039420-50.2012.8.06.0001, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso interposto, mas para negar-lhe provimento, em conformidade com o voto do eminente relator.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de apelação cível interposta por Suzi Elayne Santos Cavalcante e outras, contra decisão do Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública da

Comarca de Fortaleza/CE, que julgou improcedente o pedido formulado na ação de conhecimento ajuizada pelas apelantes em razão de inexistir a previsão legal que lhe garanta dois períodos de férias de 30 (trinta) dias, e, por isso, não existe direito em receber duas vezes por ano o terço da sua remuneração.

Irresignadas, Suzi Elayne Santos Cavalcante e outras recorrem às fls. 101/109, alegando em suas razões que a Constituição Federal estabelece o seu direito a gozar férias anuais e remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal (Art. 7º, inciso XVII, da CF/88), bem como a Consolidação das Leis Trabalhistas garante o mesmo em seu artigo 129. Desta forma, a Lei do Município de Fortaleza de nº 5.895/84 (Estatuto do Magistério) determinou a aplicação subsidiária da CLT em seu art. 113, e que, por isso, teria assegurado o direito a gozar dois períodos de férias de 30 (trinta) por ano, inclusive com o pagamento do terço em dobro. Ao final, requer o provimento do presente recurso.

Por seu turno, o Município de Fortaleza apresenta as suas contrarrazões às fls. 114/122, nas quais afirma que a mencionada Lei nº 5.895/84 não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, a qual estatuiu um único período de férias anuais, com acréscimo de pelo menos 1/3 (um terço) da remuneração normal. Assim, o Município de Fortaleza editou a Lei nº 6.794/90 que alinhou o regime estatutário dos servidores ao da Constituição vigente. Desta forma, não existe a previsão legal que defendem as apelantes, ao contrário, a lei veda a percepção de mais de um período de férias em um intervalo de 12 (doze) meses. Por fim, requer a manutenção integral do *decisum* vergastado.

Remetidos os autos a este Tribunal, os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça que opinou pelo improvimento do apelo.

É o relatório. Ao douto revisor.

VOTO

O Caso é simples e prescinde de maiores debates, inclusive sendo de reiterada análise por esta 5ª Câmara de Julgamento.

Em que pesem os argumentos das apelantes, eles não subsistem a uma análise mais detida do caso. Ao contrário do que alega o advogado, a Lei municipal aplicável à espécie é a Lei nº 6.794/90 e não a nº 5.895/84, pelo simples fato de que a lei nova derroga a lei velha. Assim, não existe previsão legal que garanta às recorrentes o direito a dois períodos de férias ao ano, com suas respectivas repercussões monetárias.

Tanto é assim, que esta 5ª Câmara de Julgamento, em paradigmático voto da lavra do douto Des. Francisco Suenon Bastos Mota, decidiu:

APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA DE FÉRIAS. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE FORTALEZA. PROFESSOR. TERÇO DE FÉRIAS. PAGAMENTO DE ACORDO COM O ART. 7º, XVII, CF/88. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.
1. Os membros do Magistério Público do Município de Fortaleza, até a edição da Lei Municipal nº 6.794, de 27 de dezembro de 1990, tinham direito a férias de sessenta dias, o que demandava o pagamento do respectivo terço constitucional sobre tal período.
2. Ocorre que o art. 113, §2º da Lei 5.895/84, modificado pela lei supra citada, não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988.
3. O artigo 7º, inciso XVII, da CF, prescreve que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais, "o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal", o que se estende aos servidores públicos, a teor da previsão inserta no artigo 39, §3º, do mesmo diploma.
4. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.
(Apelação: 0072859-91.2008.06.0001; Relator: Francisco Suenon Bastos Mota; Órgão Julgador: 5ª Câmara; Data de registro: 10/07/2013).

Ademais, é por demais forçoso querer aplicar o disposto na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT ao invés do Regime Estatutário previsto em Lei Municipal específica. Some-se, ainda, o fato da Constituição ser clara ao garantir apenas um período de férias por ano com a remuneração acrescida de um terço sobre o salário normal.

Assim, pelo princípio da vedação do enriquecimento sem causa e da legalidade, não há como garantir o direito aqui pretendido.

Diante do exposto, CONHEÇO do recurso interposto, mas para NEGAR-LHE provimento, mantendo inalterados todos os termos da decisão atacada.

É como voto.

Fortaleza, 21 de agosto de 2013.

PROCESSO Nº. 0435812-96.2000.8.06.0001 – APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTES/APELADOS: JOSÉ FONTENELE DA SILVA E MARIA JOSÉ DE SOUSA BRITO.
APELANTE/APELADO: ESTADO DO CEARÁ.
RELATOR: DES. CARLOS ALBERTO MENDES FORTE.

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA COHAB. CITAÇÃO EFETIVADA REGULARMENTE. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. LAUDO ELABORADO PELO EXPERTO JUDICIAL. JUSTA INDENIZAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA 408 DO STJ. SÚMULA 618 DO STF. RECURSOS CONHECIDOS. APELO DO ESTADO IMPROVIDO. PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DOS DESAPROPRIADOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. O tema em debate gira em torno da desapropriação proposta pela Companhia de Habitação do Estado do Ceará – COHAB, sociedade de economia mista estadual, referente ao imóvel localizado na av. Dolor Barreira, nº 767, em área denominada Morro das Placas no Município de Fortaleza, com área total de 20,25 m².

2. Após ser citado, o Estado do Ceará apenas insurge-se na peça ajuizada quanto ao *status* de sua posição processual, mantendo-se inerte sobre os demais pontos, deixando para arguir suposta nulidade somente em sede recursal.

3. Afasta-se a hipótese de nulidade do julgado em plena observância ao princípio da instrumentalidade das formas, pois o ato de cientificação fora devidamente cumprido, não podendo constituir-se em um fim em si mesmo, já que atingido, *in casu*, a finalidade primordial da citação, qual seja, integrar o recorrente à lide.

4. O laudo oficial respondeu a todos os quesitos dispostos pelas partes, especificando o tamanho do imóvel, a localidade e benfeitorias existentes. O valor apurado pelo experto judicial encontra-se adequado e proporcional as especificidades do caso concreto, deferindo às partes justa e prévia indenização em dinheiro.

5. As partes apelantes, José Fontenele da Silva e Maria José de

Sousa Brito possuem parcial razão nos argumentos expedidos, devendo ser retificado o termo inicial dos juros moratórios para o dia "1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição", bem como os juros compensatórios devem ser pagos conforme teor dos enunciados das súmulas 408 do Superior Tribunal de Justiça: "Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória n. 1.577, de 11/06/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula n. 618 do Supremo Tribunal Federal".
6. Recursos conhecidos, porém negado provimento, ao apelo do Estado do Ceará, e concedido parcial provimento ao apelo de José Fontenele da Silva e Maria José de Sousa Brito, reformando-se a sentença vergastada no tocante ao termo inicial dos juros moratórios e compensatórios. Mantém-se, ademais, o valor condenatório fixado em sentença correspondente a R$ 6.517,62 (seis mil quinhentos e dezessete reais e sessenta e dois centavos), bem como preserva-se a condenação dos honorários advocatícios arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre a diferença entre o valor da indenização fixada e o preço oferecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos das Apelações Cíveis nº. 0435812-96.2000.8.06.0001, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer dos recursos, mas para negar provimento ao apelo do Estado do Ceará, e conceder parcial provimento ao apelo de José Fontenele da Silva e Maria José de Sousa Brito, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de apelação interpostos, de um lado por José Fontenele da Silva e Maria José de Sousa Brito, e, de outro pelo Estado do Ceará, ambos em contrariedade a sentença proferida pela Magistrada da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza - CE, a qual julgou procedente ação de desapropriação movida pela extinta Companhia de Habitação do Estado do Ceará - COHAB.

Inicialmente, apresentam suas razões recursais José Fontenele da Silva e Maria José de Sousa Brito narrando que MMª. Juíza julgou procedente a desapropriação fixando como valor de indenização R$ 6.517,62 (seis mil quinhentos e dezessete reais e

sessenta e dois centavos), condenando, ainda, a parte autora em honorários advocatícios arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre a diferença entre o valor da indenização fixada e o preço oferecido. Alegam que o valor do imóvel encontra-se em descompasso com o valor atribuído pelo Julgador monocrático.

Insurgem-se à data de correção monetária apontando que o marco inicial da atualização deve ser a partir do ajuizamento da presente *actio*. Pleiteiam a reforma do julgado de modo a compelir o autor a pagar preço similar ao de outros imóveis da mesma localidade, bem como atualizar o valor apurado a partir de 15 de julho de 1999, data do ajuizamento da ação expropriatória.

O Estado do Ceará apresenta apelo discorrendo que houve citação do recorrente, porém como litisconsorte passivo necessário. Assevera que foi juntada petição, a qual se perdeu nos arquivos da secretaria, não vindo a integrar os autos virtuais. Narra que no teor do documento requereu a citação como litisconsorte ativo necessário, porém tal requerimento não foi apreciado.

Cita que não foi motivado o valor condenatório consignado na sentença, como também não houve fundamento do percentual fixado na condenação dos honorários advocatícios. Requer o conhecimento do apelo para que seja anulada a sentença, concedendo oportunidade ao Estado para se manifestar sobre laudo pericial e os honorários indicados no julgado.

Contrarrazões apresentadas pelo Estado do Ceará declaram que os desapropriados somente levantam dois pontos: o primeiro quanto a subavaliação do imóvel pelo perito judicial, e o segundo reclamo trata do termo inicial da correção monetária. Quanto a primeira tese afirma que somente foi juntado um único recibo, o que não consegue demostrar os reais valores consignados aos imóveis vizinhos. Já quanto ao termo inicial da contagem da correção monetária aponta a incongruência com o entendimento jurisprudencial. Ao término requer o improvimento do apelo dos expropriados.

As partes desapropriadas não se manifestaram sobre o apelo ajuizado pelo Estado do Ceará, deixando transcorrer o prazo legal.

Instada a opinar no feito, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento de ambos os recursos e improvimento dos mesmos.

É o relatório. Ao douto Revisor.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos, de um lado por José Fontenele da Silva e Maria José de Sousa Brito, e, de outro pelo Estado do Ceará, ambos em

contrariedade a sentença proferida pela MM. Juíza da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza – CE, a qual julgou procedente ação de desapropriação movida pela extinta Companhia de Habitação do Estado do Ceará - COHAB.

Conheço dos recursos interpostos, presentes seus requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

O tema em debate gira em torno da desapropriação proposta pela Companhia de Habitação do Estado do Ceará – COHAB, sociedade de economia mista estadual, referente ao imóvel localizado na av. Dolor Barreira, nº 767, no Município de Fortaleza, em área denominada Morro das Placas, com área total de 20,25 m².

Inicialmente, cabe examinar a alegativa do Estado do Ceará, o qual apregoa a nulidade do julgado, pois afirma que não foi regularmente citado como litisconsorte ativo necessário na presente demanda.

Atento aos detalhes da instrução processual, o representante da Promotoria da Fazenda Pública atuante no feito opinou pela imprescindibilidade da citação do litisconsorte, através de chamamento ao feito, conforme fl. 151. O MM. Juiz de Direito cumpriu a orientação do *Parquet*, ocorrendo a regular citação do Procurador Geral Adjunto (fls. 154/155), em 25/04/2005, com o fito de chamar o litisconsorte à lide. Porém, ao estipular qual o *status* do Ente, a Secretaria daquele Juízo registrou erroneamente o Estado do Ceará como *litisconsorte passivo necessário*.

Em sede de apelo, o Estado-recorrente junta aos autos petição protocolada em 05/05/2005 requerendo a retificação de sua citação para figurar como litisconsorte ativo.

O regramento do art. 47 do Código de Processo Civil estipula o seguinte:

> Art. 47, CPC: Há litisconsórcio necessário, quando por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

A doutrina e jurisprudência controvertem a respeito da plausibilidade de litisconsórcio passivo necessário, pois ninguém pode ser obrigado a integrar o polo ativo da lide, tendo em vista o dispositivo constitucional do livre acesso à jurisdição.

No presente caso, o Estado do Ceará figura como parte interessada, pois expediu decreto declarando a área expropriada de utilidade pública para fins de construção de conjunto habitacional. Observa-se que a citação é ato de chamamento ao juízo. No caso em tela, o Estado do Ceará, após ser citado, apenas insurge-se na peça ajuizada quanto ao *status* de sua posição processual, mantendo-se inerte sobre os demais pontos, deixando para arguir suposta nulidade somente em sede recursal.

Doutrina elaborada por Arruda Alvim discorre sobre o tema em questão:

> Indagação da mais alta relevância consiste em saber se seria possível falar em litisconsórcio necessário ativo. O art. 47 alude à necessidade de citação dos litisconsortes necessários. Poderia ser considerada, a referência ao termo "citação", como indicativo de que o sistema não contempla a figura do litisconsórcio necessário ativo? Há que se considerar, para responder corretamente a essa indagação, o âmbito do princípio dispositivo, que, embora algo mitigado hoje em dia, continua ocupando papel de relevo dentro do processo civil.
> (…)
> Desde que tenha sido validamente citado, mesmo que não compareça ao processo, não há falta de pressuposto processual de existência, como ocorreria caso o litisconsorte necessário não tivesse sido citado.(ALVIM, Arruda. Comentários ao Código de Processo Civil. 1ª ed. - Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, pág. 110).

Dessa feita, afasta-se a hipótese de nulidade do julgado em plena observância ao princípio da instrumentalidade das formas, pois o ato de cientificação fora devidamente cumprido, não podendo constituir-se em um fim em si mesmo, já que atingido, *in casu*, a finalidade primordial da citação, qual seja, integrar o recorrente à lide.

Passando a análise dos demais pontos discutidos na presente querela distingue-se que ambos os recorrentes insurgem-se em relação ao valor culminado, bem como sobre o termo inicial da correção monetária e o percentual apontado em relação aos honorários sucumbenciais.

O laudo pericial efetivado pelo experto judicial, fls. 84/91, respondeu aos quesitos elaborados pelas partes. Em seu teor o perito adotou o valor médio de mercado do metro quadrado, equivalente a R$ 280,39 (duzentos e oitenta reais e trinta e nove centavos). Com bastante exatidão foi levantado como valor devido aos expropriados a quantia de R$ 6.517,62 (seis mil quinhentos e dezessete reais e sessenta e dois centavos).

Conclui-se que o laudo oficial respondeu a todos os quesitos dispostos pelas partes, especificando o tamanho do imóvel, a localidade e benfeitorias existentes. O valor apurado pelo experto judicial encontra-se adequado e proporcional as especificidades do caso concreto, deferindo às partes justa e prévia indenização em dinheiro.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento através do julgamento do REsp 1118103/SP, esclarecendo os termos das desapropriações no que concerne ao termo inicial dos juros moratórios e os percentuais dos juros compensatórios:

> ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS E COMPENSATÓRIOS. INCIDÊNCIA. PERÍODO. TAXA. REGIME

> ATUAL. DECRETO-LEI 3.365/41, ART. 15-B. ART. 100, § 12 DA CF (REDAÇÃO DA EC 62/09). SÚMULA VINCULANTE 17/STF. SÚMULA 408/STJ.
> 1. Conforme prescreve o art. 15-B do Decreto-lei 3.365/41, introduzido pela Medida Provisória 1.997-34, de 13.01.2000, o termo inicial dos juros moratórios em desapropriações é o dia "1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição". É o que está assentado na jurisprudência da 1ª Seção do STJ, em orientação compatível com a firmada pelo STF, inclusive por súmula vinculante (Enunciado 17).
> 2. Ao julgar o REsp 1.111.829/SP, DJe de 25/05/2009, sob o regime do art. 543-C do CPC, a 1ª Seção do STJ considerou que os juros compensatórios, em desapropriação, são devidos no percentual de 12% ao ano, nos termos da Súmula 618/STF, exceto no período compreendido entre 11.06.1997 (início da vigência da Medida Provisória 1.577, que reduziu essa taxa para 6% ao ano), até 13.09.2001 (data em que foi publicada decisão liminar do STF na ADIn 2.332/DF, suspendendo a eficácia da expressão "de até seis por cento ao ano", do *caput* do art. 15-A do Decreto-lei 3.365/41, introduzido pela mesma MP).Considerada a especial eficácia vinculativa desse julgado (CPC, art.543-C, § 7º), impõe-se sua aplicação, nos mesmos termos, aos casos análogos. A matéria está, ademais, sumulada pelo STJ (Súmula 408).
> 3. Segundo jurisprudência assentada por ambas as Turmas da 1ª Seção, os juros compensatórios, em desapropriação, somente incidem até a data da expedição do precatório original. Tal entendimento está agora também confirmado pelo § 12 do art. 100 da CF, com a redação dada pela EC 62/09. Sendo assim, não ocorre, no atual quadro normativo, hipótese de cumulação de juros moratórios e juros compensatórios, eis que se tratam de encargos que incidem em períodos diferentes: os juros compensatórios têm incidência até a data da expedição de precatório, enquanto que os moratórios somente incidirão se o precatório expedido não for pago no prazo constitucional.
> 4. Recurso especial parcialmente provido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.
> (REsp 1118103/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 08/03/2010).

Logo, as partes apelantes, José Fontenele da Silva e Maria José de Sousa Brito possuem parcial razão nos argumentos expedidos, devendo ser retificado o termo inicial dos juros moratórios para o dia "1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição", bem como os juros compensatórios devem ser pagos conforme teor dos enunciados das súmulas 408 do Superior Tribunal de Justiça: "Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória n. 1.577, de 11/06/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula n. 618 do Supremo Tribunal Federal".

Por fim, no que versa sobre os honorários advocatícios, a condenação prescrita pela Julgadora de piso atendeu aos dispositivos legais do art. 27, §1º, do

Decreto-Lei n. 3.365/41 c/c art. 20, §4º, CPC não merecendo qualquer reforma.

Vale salientar que esta Câmara já possui precedente sobre todos os argumentos aqui apresentados através de acórdão proferido pelo Exmo. Des. Clécio Aguiar de Magalhães, o qual adota-se como correto parâmetro:

> Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA DE BENFEITORIAS. COHAB. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ESTADUAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA PARTE JOÃO VANDERLEI DE ALMEIDA. A parte não é cônjuge da apelante e nem mesmo companheiro. Ausente a necessidade de observância do art. 10, §1º, I, CPC. Exclusão do polo passivo. Preliminar acolhida. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO. O pedido autoral encontra guarida na Constituição e no Decreto-Lei nº 3.365/41. Preliminar afastada. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO ESTADO NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL. Não existe a hipótese de litisconsórcio ativo necessário, por ofensa ao acesso à Justiça e ao princípio da liberdade. Extinção da COHAB-Ce. Responsabilidade do Estado pelas obrigações. Necessidade de posição do Estado no polo passivo da demanda. Preliminar afastada. MÉRITO. VALOR INDENIZATÓRIO PREVISTO EM LAUDO OFICIAL. JUSTA INDENIZAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 408 DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. ART. 27, §1º, DO DL 3.365/41 C/C ART. 20, §4º, CPC. APELOS CONHECIDOS, PARA NEGAR PROVIMENTO AO APELO DO ESTADO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DA DEMANDADA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.
>
> 1 - Preliminar de ilegitimidade passiva da parte João Vanderlei Paulino de Almeida. O art. 10, §1º, inciso I, do CPC, aduz ser necessária a citação, para as ações que versem sobre direitos reais imobiliários, do cônjuge, não se aplicando tal regra para a hipótese de união estável; o que confere à parte Maria de Jesus de Sousa Brito legitimação para a demanda, devendo ser excluído do polo passivo o Sr. João Vanderlei Paulino de Almeida, o qual não é nem mesmo o companheiro da apelante. Preliminar de ilegitimidade passiva acolhida.
>
> 2 - Preliminar de carência da ação aduzida pelo Estado. O pedido autoral é juridicamente possível, encontrando guarida no ordenamento jurídico (art. 5º, inciso XXIV, da CFRB, e art. 1º do Decreto-Lei nº 3.365/41). Além disso, o ato expropriatório foi autorizado à COHAB-Ce pelo próprio Estado, constando este de presunção de legitimidade, ilidível apenas por provas contundentes e no bojo de ação própria. Preliminar afastada.
>
> 3 - Preliminar de ilegitimidade do Estado do Ceará na relação jurídica processual. Malgrado não existir hipótese de litisconsórcio ativo necessário, por ser hipótese de ofensa ao acesso à Justiça e ao direito à liberdade, o Estado do Ceará deve participar da demanda, ainda que no polo passivo, a fim de se subjugar aos efeitos da sentença (art. 47, CPC), ainda mais porque extinta a COHAB-Ce, passando este a ser responsável por suas obrigações. Não merece a sentença ser anulada, porque efetivamente citado o Estado no início da demanda, não havendo que se falar em qualquer prejuízo, ideia

> que homenageia o princípio da instrumentalidade das formas. Preliminar afastada, reformando-se o fundamento da sentença, para consignar o Estado no polo passivo da demanda, em vez do polo ativo.
> 4 - Mérito. *Quantum* indenizatório. O laudo oficial, constante das fls. 60/71, atendeu ao interesse de ambas as partes, as quais anuíram a sua realização, bem como tiveram a oportunidade de apresentar quesitos. A perícia observou o tamanho do imóvel aduzido pela apelante, a localidade e todas as benfeitorias existentes para chegar ao valor de R$6.462,80 (seis mil, quatrocentos e sessenta e dois reais e oitenta centavos), *quantum* o qual reputa-se idôneo para atender ao disposto no art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal.
> 5 - Juros compensatórios. A súmula nº 618 do STF deve ser lida em conjunto com a súmula nº 408 do STJ, que afirma que "nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória nº 1.577, de 11-6-1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13-9-2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da súmula n. 618 do Supremo Tribunal Federal".
> 6 - Honorários advocatícios. A verba honorária, fixada em 3% (três por cento) incidente sobre o valor da diferença entre o preço depositado em juízo devidamente atualizado e o preço fixado como indenização pelo Juízo do primeiro grau, merece majoração para 5% (cinco por cento), incidente sobre esse mesmo valor, a fim de observar o art. 20, §4º, do Código de Processo Civil e o Decreto-Lei nº 3.365/41 (art. 27, §1º). Precedentes do STJ.
> 7 - Apelos conhecidos, a fim de negar provimento ao apelo do Estado do Ceará, reformando, no entanto, a fundamentação da sentença, para inclui-lo no polo passivo da demanda; e de dar parcial provimento ao apelo da parte Maria de Jesus de Sousa Brito, reformando a sentença no tocante ao valor dos juros moratórios fixados e ao valor da verba honorária.
> (TJCE, Apelação 41151003200080600011, Relator(a): CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES, Comarca: Fortaleza, Órgão julgador: 5ª Câmara Cível, Data de registro: 29/10/2012).

Isto posto, CONHEÇO de ambas as apelações interpostas, mas para NEGAR PROVIMENTO ao apelo do Estado do Ceará, e conceder PARCIAL PROVIMENTO ao apelo de José Fontenele da Silva e Maria José de Sousa Brito reformando a sentença vergastada no tocante ao termo inicial dos juros moratórios e compensatórios. Mantém-se, ademais, o valor condenatório fixado em sentença correspondente a R$ 6.517,62 (seis mil quinhentos e dezessete reais e sessenta e dois centavos), bem como preserva-se a condenação dos honorários advocatícios arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre a diferença entre o valor da indenização fixada e o preço oferecido.

É como Voto.

Fortaleza, 08 de maio de 2013.

PROCESSO: 0138292-37-2011.8.06.0001 – APELAÇÃO
APELANTE: MARIA CLEIDE FERREIRA SILVA
APELADO: ESTADO DO CEARÁ
RELATORA:DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE PRECEITO COMINATÓRIO C/C REPETIÇÃO DO INDÉBITO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, TENDO EM VISTA A AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL DA AUTORA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA NOS AUTOS DE PRETENSÃO RESISTIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.

1. No presente caso, o MM. Juiz *a quo* extinguiu o feito sem resolução do mérito, com fundamento no art. 6º da Lei Complementar Estadual Nº 92/2011, o qual assegura que os valores descontados indevidamente a título de contribuição previdenciária, podem ser reclamados pela via administrativa.

2. Não merece reproche a sentença vergastada, uma vez que inocorreu afronta ao artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, pois o ajuizamento da presente demanda ocorrera já sob a égide da LC Nº 92/2011 que, conforme dito, garante a devolução das contribuições previdenciárias indevidamente descontadas dos proventos dos servidores inativos administrativamente, não constando nos autos provas de oposição por parte da Administração Pública.

3. Oportuno ressaltar que não se está aqui querendo afirmar que o exercício do direito de ação encontra-se condicionado ao exaurimento das vias administrativas, requisito expressamente afastado pela Súmula 89/STJ. Na verdade, o que se exige, tão somente, é que a Autora/Apelante comprove, nos termos acima delineados, a utilidade do provimento judicial por ela perseguido, eis que não há nos autos demonstração de resistência.

4. Desse modo, imperiosa se mostra a manutenção da sentença monocrática extintiva do feito, eis que inexistente o interesse de agir da parte autora.

5. Apelação Cível conhecida, mas desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, confirmando a sentença, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 16 de outubro de 2013

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta por MARIA CLEIDE FERREIRA SILVA em face de sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, que extinguiu sem resolução de mérito a Ação Ordinária de Repetição de Indébito ajuizada em face do Estado do Ceará.

Entendeu o magistrado de piso que, *in casu*, falta à autora interesse processual de agir, uma vez que poderia a demandante utilizar-se da via administrativa para obter a suspensão e devolução dos descontos previdenciários realizados indevidamente, em consonância com o disposto no artigo 6º da Lei Complementar Estadual Nº 92, com vigência em 14/03/11.

Em suas razões recursais que repousam às fls. 25/34, alegou a recorrente que, inobstante a entrada em vigor da Lei Complementar Nº 92/2011, os valores pleiteados correspondem a períodos anteriores, devendo ser desconsiderada a carência de interesse processual, que motivou o indeferimento da inicial. Pugnou, ao final, pelo provimento do apelo com o consequente prosseguimento da ação.

À fl. 35, o MM. Juiz *a quo* manteve a sentença, recebendo a apelação em seus regulares efeitos bem como determinando a subida dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Ausência de contrarrazões, uma vez que não foi formada a relação processual.

Os autos ascenderam a este Tribunal, e foram encaminhados à consideração da Douta Procuradoria Geral de Justiça, a qual opinou pela reforma da sentença recorrida (fls. 49/56).

É o relatório, no que tinha de essencial.

Processo sem revisão, "ex vi" do disposto no artigo 34, §3º do RITJCE.

Peço data para julgamento.

VOTO

Inicialmente, conheço do recurso apelatório, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade.

A questão gravita em torno de pleito de repetição de indébito, objetivando o recebimento de valores referentes a descontos previdenciários nos proventos da autora, decorrentes da demora injustificada na publicação do seu ato de aposentadoria.

O douto Juiz *a quo* extinguiu o feito sem resolução de mérito, face à ausência de interesse de agir da autora, por entender que o recebimento dos valores descontados indevidamente podem ser reclamados na via administrativa, em razão da entrada em vigor da Lei Complementar Estadual Nº 92/2011, que em seu art. 6º, garante a devolução de contribuições previdenciárias a que façam jus os servidores inativos.

Entendo não merecer reproche a douta sentença vergastada, pelos fundamentos que adiante passo a expor.

Como é cediço, a Carta da República de 1988, tratando do exercício do direito de ação, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso XXXV, não condiciona o esgotamento das vias administrativas para o acesso à justiça.

Contudo, ao contrário do alegado pela recorrente, o caso em tela não representa ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, levando-se em conta que a presente demanda somente foi ajuizada em março de 2011, portanto, já sob a égide da LC Nº 92, que entrou em vigor na data de 14 de março de 2011.

Mencionada Lei Complementar, assim dispõe, *in verbis:*

> "Art. 6º. O disposto nos artigos antecedentes quanto à adequação da contribuição previdenciária do servidor à condição de aposentado é extensivo, no que couber, aos servidores já inativados, que poderão requerer a devolução de contribuições previdenciárias a que façam jus administrativamente, respeitados os prazos prescricionais e sem prejuízo de compensações, descontos ou cobranças autorizados segundo a legislação pertinente.
>
> Parágrafo único. Havendo processo judicial em curso, o requerimento administrativo previsto no *caput* deste artigo terá sua tramitação suspensa até que sobrevenha a decisão judicial definitiva respectiva, cuja aplicação terá prevalência sobre o disposto neste artigo, facultando-se ao servidor interessado instruir o pleito com a prova da desistência da ação, situação na qual o processamento administrativo terá curso regular."

No caso em tela, a autora/recorrente ajuizou a presente ação objetivando a restituição das contribuições previdenciárias que haviam sido indevidamente descontadas de seus proventos.

Segundo dispõe o art. 3º do Código de Processo Civil "para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade". Por interesse de agir é de se entender a adequação lógico-jurídica entre o antijurídico descrito na petição inicial e a via processual eleita pelo autor para removê-la. É necessário, portanto, que se verifique resistência do devedor à pretensão deduzida por aquele que se diz credor. Comentando acerca do assunto, vejamos a lição de Nelson Nery e Rosa Maria Nery:

> Interesse processual. Trata-se do interesse processual, condição da ação, e não do interesse de direito material, que respeita ao mérito (Arruda Alvim, Tra., I, 323). O interesse processual se consubstancia na necessidade de o autor vir a juízo e na utilidade que o provimento jurisdicional poderá lhe proporcionar.
> (NERY, Nelson & Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante, 10 ed., São Paulo: RT, 2007, p. 167).

Prosseguindo com o raciocínio introduzido no parágrafo anterior, compreende-se por antijurídica a resistência da outra parte a uma pretensão juridicamente qualificada oponível por alguém a outrem. Sendo que, em caso de recalcitrância, instaura-se o conflito, a lide, o que dá ao credor o direito de pedir a intervenção do Estado para que este obrigue o devedor à satisfação do seu *dare*, do *facere* ou do *non facere* ao qual resiste o réu ou, em alguns casos, para que determine providência substitutiva.

Uma vez havendo pretensão resistida, há necessidade da prestação jurisdicional.

Em análise ao caso trazido à baila, verifica-se que falta à autora/apelante uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir e, no caso específico, interesse/utilidade no que diz respeito ao pedido de restituição dos valores indevidamente descontados de seus proventos, tendo em vista que a legislação de regência é clara, quanto à possibilidade de tal pleito ser realizado pela via administrativa.

In casu, não há nos autos qualquer elemento capaz de firmar um convencimento mínimo de que a Administração Pública estaria se opondo a concessão do pleito autoral, capaz de ser preciso valer-se a promovente da jurisdição.

Oportuno ressaltar que não se está aqui querendo afirmar que o exercício do direito de ação encontra-se condicionado ao exaurimento das vias administrativas, requisito expressamente afastado pela Súmula 89/STJ. Na verdade, o que se exige, tão somente, é que a Autora/Apelante comprove, nos termos acima delineados, a utilidade do provimento judicial por ela perseguido, eis que não há nos autos demonstração de resistência.

Seguindo essa mesma compreensão a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão recentemente proferida, tratando, inclusive, assim como ocorre nestes autos, de situação afeta ao Direito Previdenciário, firmou posicionamento pela

necessidade de se proceder com o requerimento administrativo prévio. A esse respeito passo a transcrever os fundamentos do voto condutor do *decisum* em destaque, que, em razão de sua didática, passam a integrar a presente decisão, *verbis*:

> Os autos foram recebidos neste Gabinete em 18.4.2012.
> Considero preenchidos os requisitos de admissibilidade, razão por que conheço do Recurso Especial.
> Aberta a instância, passo ao exame do mérito.
> Desde já destaco que o Supremo Tribunal Federal admitiu o Recurso Extraordinário 631.240/MG, sob o regime da Repercussão Geral, com controvérsia relativa ao presente caso: necessidade de prévio requerimento administrativo perante o INSS para os segurados exercerem o direito de ação no Judiciário.
> Inicio por tal consideração para estabelecer, com o devido respeito a entendimentos em contrário e ciente da pendência de decisão na Corte Suprema, que a resolução da problemática jurídica em debate não se resolve no âmbito constitucional.
> O principal argumento para levar a matéria ao plano constitucional é a previsão do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que transcrevo:
>
> "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"
>
> Em uma análise perfunctória, concluir-se-ia facilmente que o direito fundamental de ação, garantido pelo preceito acima transcrito, é o centro da discussão aqui travada. Afinal, impor o requerimento administrativo como condição de acesso à Justiça seria a fixação da *quaestio* no exame do cumprimento do preceito constitucional em comento.
> Tenho a convicção, todavia, de que a resolução da matéria gravita no âmbito infraconstitucional, o que passo a fundamentar.
> Primeiro cabe ressaltar que a verificação das condições da ação (aí incluído o interesse de agir) não caracteriza ofensa ao próprio direito de ação, afinal o segurado teve acesso à Justiça materializado pelo presente processo. Nesse sentido convém transcrever doutrina de Luiz Guilherme Marinoni (Curso de Processo Civil, V. 1, 4ª edição, pág. 219), que, ao comentar sobre o preceito constitucional aqui debatido, assim estabelece:
>
> "Entretanto, tal apreciação, segundo o art. 267, VI, do CPC, requer a presença de determinados requisitos, chamados de condições da ação, exigência que não viola a garantia constitucional de ação nem é com ela incompatível.
> A falta de um desses requisitos obstaculiza a apreciação da afirmação de lesão ou ameaça, mas não exclui o direito de pedir essa apreciação. A sentença que reconhece a ausência de uma das condições da ação *apenas impede que a ação continue a se desenvolver, mas não nega que a ação foi exercida"*.
>
> Cândido Rangel Dinamarco (Instituições de Direito Processual Civil, volume I, 6ª edição) comunga do mesmo entendimento, acrescentando

importante conclusão no sentido de as condições da ação serem limitadoras do direito de ação:

"Razões de ordem ética ou econômica legitimam certas limitações impostas pela lei ao direito ao provimento de mérito. Quando se diz que *todos* tem direito ao pronunciamento dos juízes sobre suas pretensões, esse todos não significa que qualquer pessoa o tenha, em qualquer circunstância (Liebman). A tendência à universalização da tutela jurisdicional é refreada pela legítima conveniência de impedir a realização de processos sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou predestinados a resultados que contrariem regras fundamentais da Constituição ou da própria lei. Daí os requisitos do *interesse de agir*, (...); da *legitimatio ad causam*, (....); e da *possibilidade jurídica da demanda* (....). **Presente todas essas *condições da ação*, diz-se que o sujeito tem *direito de ação* – e consequentemente só o terão aqueles que se encontrarem amparados por elas**. *Carece de ação* quem não esteja amparado por esses requisitos, ainda que *apenas um* deles lhe falte".

Tenho que efetivamente o direito de ação garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF tem como limitador as condições da ação. Essa premissa induz à ilação de que a presente matéria não se resolve no âmbito constitucional, mas na análise da legislação processual infraconstitucional, especificamente na configuração do interesse de agir do segurado. Nessa linha já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. LEI 6.024/74. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. RESPONSABILIDADE. BANCO CENTRAL. PREJUÍZOS AOS INVESTIDORES. CARÊNCIA DA AÇÃO. MATÉRIA PROCESSUAL. OFENSA REFLEXA.
1. O Tribunal *a quo* limitou-se a reconhecer a carência da ação dos agravantes, por falta de interesse de agir. Tal questão, ante seu manifesto caráter processual e infraconstitucional, é insuscetível de exame em sede de recurso extraordinário, a título de ofensa ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal que, se existente, seria meramente reflexa ou indireta.
2. O mérito da demanda sequer foi examinado. Inviável, portanto, a discussão em torno do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, para se definir a responsabilidade do Banco Central pelos prejuízos causados aos investidores.
3. Agravo regimental improvido
(RE 234371 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJ 13-02-2004 PP-00016 EMENT VOL-02139-02 PP-00303)".

"EMENTA: AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. PRETENSAO DO PROPRIETÁRIO DO PRÉDIO VIZINHO AO EMBARGO DE OBRA DE TERCEIRO, POR SUPOSTA VIOLAÇÃO DE POSTURAS MUNICIPAIS. CARÊNCIA DA AÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM FUNDAMENTO NA ALEGAÇÃO DE MALTRATO AOS INCS. XXXV E XXII DO ART. 5. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
O proprietário do prédio vizinho não ostenta o direito de impedir que se realize edificação capaz de tolher a vista desfrutada a partir de seu imóvel, fundando-se, para isso, no direito de propriedade. A garantia do acesso a

jurisdição não foi violada pelo fato de ter-se declarado a carência da ação. O art. 5. inc. XXXV da Constituição não assegura o acesso indiscriminado ao Poder Judiciário. Recurso extraordinário não conhecido
(RE 145023, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJ 18-12-1992 PP-24388 EMENT VOL-01689-06 PP-01085)".

Passo, portanto, a examinar a configuração do interesse de agir do recorrido, condição da ação prevista nos arts. 3º e 267, VI, do CPC, e objeto da controvérsia aqui apreciada.
O interesse de agir, também chamado interesse processual, caracteriza-se pela materialização do binômio necessidade-utilidade da atuação jurisdicional. De acordo com a Teoria Eclética da ação, adotada pelo nosso ordenamento processualista, é necessária, em regra, a afirmação de uma lesão a um direito para o exercício do direito de ação. A existência de um conflito de interesses no âmbito do direito material faz nascer o interesse processual para aquele que não conseguiu satisfazer consensualmente seu direito.
A doutrina classifica o interesse processual em interesse-utilidade, interesse-necessidade e interesse-adequação. É pertinente ao presente caso o interesse-necessidade, que Fredie Didier Jr. (Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 12ª edição, pág. 212) assim define:

"O exame da 'necessidade da jurisdição' fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito. Esse pensamento só é correto, entretanto, para as situações em que se pretende exercitar, pelo processo, direitos a uma prestação (obrigacionais, reais e personalíssimos), pois há a possibilidade de cumprimento espontâneo da prestação".

Nas ações judiciais que visam à concessão de um benefício previdenciário, o "cumprimento espontâneo da prestação", na expressão utilizada pelo citado doutrinador, por parte da autarquia previdenciária impõe a submissão de um pedido administrativo pelo segurado, já que não há possibilidade jurídica de concessão de ofício de prestação previdenciária.
O mesmo autor disserta sobre interesse-necessidade para as ações condenatórias, nas quais se enquadram as ações judiciais com objetivo concessório de benefício:

"Nas ações condenatórias (consideradas como todas aquelas em que se busca certificação e efetivação de uma determinada prestação), o autor deve afirmar a existência do fato constitutivo do seu direito (causa ativa), bem como o fato violador desse direito – para a configuração do interesse, basta a afirmação da lesão, pois a verificação da sua existência é questão de mérito"(op. cit. pág. 213).

Cândido Rangel Dinamarco (Instituições de Direito Processual Civil, volume II, 6ª edição, pág. 310) também ressalta o Poder Judiciário como via necessária à satisfação da pretensão:

"Haverá o interesse processual sempre que o provimento jurisdicional pedido for o único caminho para tentar obtê-lo e tiver aptidão a propiciá-lo àquele que o pretende".

Substanciado pelo apanhado doutrinário e jurisprudencial acima, tenho que a falta de postulação administrativa de benefício previdenciário resulta em ausência de interesse processual dos que litigam diretamente no Poder Judiciário.
A pretensão nestes casos carece de qualquer elemento configurador de resistência pela autarquia previdenciária. Não há conflito. Não há lide. Não há, por conseguinte, interesse de agir nessas situações.
O Poder Judiciário é a via destinada à resolução dos conflitos, o que também indica que, enquanto não houver resistência do devedor, carece de ação aquele que "judicializa" sua pretensão.
Por exemplo, nos casos de direitos potestativos, é imprescindível que a autarquia seja provocada a se manifestar. Se não há como o devedor se opor ao direito, também não há por que provocar o Judiciário nesses casos.
Em situações análogas, esta Corte Superior tem decidido no mesmo sentido. Acerca de ação para ressarcimento do seguro obrigatório DPVAT, assim consignou:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO. DPVAT. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. REQUISITO ESSENCIAL PARA PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL PARA CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR. INÉRCIA DO AUTOR QUANTO A ESTE PEDIDO. REVERSÃO DO ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7⁄STJ. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. MATÉRIA ATINENTE À COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
1. O requerimento administrativo prévio constitui requisito essencial para o ingresso da demanda judicial.
2. Rever o entendimento firmado pelo acórdão recorrido, no sentido da não formulação do requerimento administrativo, demanda a análise do acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7⁄STJ.
3. O tema constitucional em discussão (inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário) refoge à alçada de controle desta Corte Superior de Justiça.
4. Agravo regimental desprovido
(AgRg no REsp 936.574⁄SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 8⁄8⁄2011, grifei)".

Transcrevo excerto do voto condutor do acórdão pertinente ao caso em exame:

"Na hipótese, trata-se de requerimento prévio administrativo, requisito essencial para a utilidade da providência jurisdicional, isso porque a provocação do Estado e a posterior concretização do processo não pode ser instrumento de mera consulta, mas sim, meio de aplicação da justiça, como forma de soluções de conflitos".

Reproduzo outras decisões em que se considerou a postulação administrativa prévia para configurar o interesse processual:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS. DECRETOS-LEIS 2.445 E 2.449/88. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO. DIREITO SUPERVENIENTE. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.
(...)
3. A ausência de requerimento administrativo para a compensação tributária, tal como exigido no art. 74 da Lei nº 9.430/95 (redação original), torna o autor da demanda, nesse ponto, carecedor do direito de ação por falta de interesse de agir.
(...)
9. Recurso especial provido em parte"
(REsp 905.262/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA,DJ 29/3/2007, p. 255).

"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. HABEAS-DATA. INEXISTENCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO: IMPETRANTE CARECEDOR DA AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. ENUNCIADO N. 02 DA SÚMULA DA CORTE. PRECEDENTES. PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MERITO"
(HD . 29/DF, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, TERCEIRA SEÇÃO, DJ 27/5/1996, p. 17801).

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CARÊNCIA DE AÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA RECUSA NO FORNECIMENTO DAS INFORMAÇÕES.
1. Para que esteja configurado o interesse de agir é indispensável que a ação seja necessária e adequada ao fim a que se propõe. A ação será necessária quando não houver outro meio disponível para o sujeito obter o bem almejado.
2. A inércia da recorrida frente a simples realização de pedido administrativo de exibição de documentos, sem a comprovação do pagamento da taxa legalmente prevista (art. 100, § 1º, da Lei 6.404/76), não caracteriza a recusa no fornecimento das informações desejadas.
3. Não é possível obrigar a recorrida a entregar documentos sem a contrapartida da taxa a que tem direito por força de lei.
4. Recurso especial não conhecido
(REsp 954.508/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, DJe 29/9/2008)".

No presente caso é incontroverso que o autor da ação não requereu administrativamente o benefício previdenciário e alega a negativa sistemática do INSS à concessão das prestações requeridas para justificar o ajuizamento direto da ação.
Essa assertiva é comum no meio jurídico. Por outro lado, não conformado por este "senso comum", consultei alguns dados sobre esse contexto.
Conforme consta no *site* do INSS (http://www.inss.gov.br em Estatísticas), nos Boletins Estatísticos da Previdência Social de 2011, foram requeridos, no citado ano, 8.046.153 benefícios e indeferidos 3.250.290 pedidos. Isso

significa, numa estimativa, um índice de indeferimento de benefícios, naquele ano, de 40,40%.
Seguindo o referido índice, significa, em termos gerais, que, de cada 10 requerimentos, 6 são deferidos e 4 são indeferidos.
Nesse ponto convém mencionar importante consequência que a adoção da corrente da desnecessidade de prévia postulação administrativa acarreta ao Poder Judiciário. Levando-se em conta a proporção acima constatada, em tese a cada 10 processos apresentados no Poder Judiciário sem submissão anterior ao INSS, 6 poderiam ter sido concedidos administrativamente.
A questão que considero relevante nessa análise é que o Poder Judiciário está assumindo, ao afastar a obrigatoriedade de prévio requerimento administrativo, atividades de natureza administrativa, transformando-se, metaforicamente é claro, em agência do INSS.
Constatei, ainda, segundo levantamento realizado pela Procuradoria Federal Especializada no INSS (http://www.agu.gov.br/pfeinss, em "Relatório Final de Gestão – setembro de 2008 a janeiro de 2011"), que aquela instituição apura índice percentual da quantidade de concessões de benefícios realizadas pelo Poder Judiciário.
Segundo ali consta, em 2010, de todas a concessões de benefícios, 8,51% foram por força de decisão judicial. Ou seja, em linhas gerais, de cada 10 concessões, 9 são feitas pelo INSS e 1 é feita pelo Poder Judiciário.
Mantendo-se o entendimento da prescindibilidade do prévio requerimento administrativo para demandar judicialmente, esse percentual tende a aumentar, por óbvio.
A repercussão da tese jurisprudencial aqui contraposta atinge também a própria autarquia previdenciária. Observada a proporção de concessões administrativas acima, o INSS passa a ter que pagar benefícios previdenciários, que poderia deferir na via administrativa, acrescidos pelos custos de um processo judicial, como juros de mora e honorários advocatícios.
Outro aspecto a se destacar é que há expressa previsão legal para recebimento de todos os pedidos de benefícios previdenciários, conforme o art. 176 do Decreto 3.048/1999:

"Art. 176. A apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento de benefício".

No âmbito interno da autarquia previdenciária, vigora a Instrução Normativa INSS/PRES 45/2010, que em seu art. 576 assim estabelece:

"Art. 576. Conforme preceitua o art. 176 do RPS, a apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento de benefício, ainda que, de plano, se possa constatar que o segurado não faz jus ao benefício ou serviço que pretende requerer, sendo obrigatória a protocolização de todos os pedidos administrativos, cabendo, se for o caso, a emissão de carta de exigência ao requerente, na forma do art. 586".

Não há falar, portanto, na institucionalização da negativa de protocolização de requerimentos administrativos pelo INSS, não obstante situações específicas que eventualmente se constatem.

> **A regra geral aqui fixada é a de que o interesse processual do segurado se configura nas hipóteses de *negativa do recebimento do requerimento* ou de *resistência na concessão do benefício previdenciário,* seja pelo concreto indeferimento, seja pela notória oposição da autarquia à tese jurídica esposada. Nesse último caso, seria inútil impor ao segurado a prévia protocolização de requerimento administrativo quando o próprio INSS adota posicionamento contrário ao embasamento jurídico do pleito**.
> **Também é importante ressaltar que não se trata aqui de exigir o exaurimento da via administrativa, requisito expressamente afastado pelas Súmulas 89/STJ e 213/ex-TFR.**
> **Na situação dos autos o autor da ação deixou de requerer administrativamente o benefício previdenciário e não há demonstração de resistência, conforme acima fixado, razão por que carece de interesse processual, impondo-se a extinção do processo, sem resolução do mérito, conforme o art. 267, VI, do CPC.**
> **Por tudo isso, nego provimento ao Recurso Especial.**
> É como voto. (REsp 1310042/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012)

Ademais, a autora ingressou com a ação posteriormente à entrada em vigor da LC 92/2011, razão pela qual não se aplica o parágrafo único, do art. 6º da referida Lei, quanto à prevalência da decisão judicial sobre a administrativa, porquanto ainda não havia processo judicial em curso.

Em caso análogo ao dos presentes autos, trago à colação aresto desta Egrégia Corte de Justiça, *verbis*:

> "**APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA DE PRECEITO COMINATÓRIO C/C REPETIÇÃO DO INDÉBITO. SENTENÇA QUE EXTINGUE O FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, FACE À AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL DA AUTORA. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.**
> 1. No caso em testilha, o magistrado singular extinguiu o feito sem resolução de mérito, sob o fundamento de que, após a edição da Lei Complementar Estadual Nº 92/2001, os valores referentes às contribuições previdenciárias descontadas indevidamente dos proventos dos servidores podem ser reclamados administrativamente.
> 2. Hipótese em que merece confirmação a sentença recorrida, haja vista que inexistiu ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, uma vez que, quando do ajuizamento da presente demanda, já havia sido editada a LC Nº 92/2011, a qual garante a devolução das contribuições previdenciárias indevidamente descontadas dos proventos dos servidores inativos.
> 3. Assim, desconfigurado o interesse de agir, caracterizado pelo binômio necessidade/utilidade do processo, imperiosa se mostra a confirmação da sentença que extinguiu o feito sem julgamento de mérito.
> 3. Recurso conhecido e desprovido. Sentença confirmada.

(Apelação Cível nº 0033545-36.2011.8.06.0001, Des. Francisco Sales Neto, 1ª Câmara Cível, julgamento em 08/10/2012)

Desse modo, somente persistirá interesse no exercício da ação quando a intervenção do Judiciário puder trazer utilidade e necessidade para evitar algum dano.

Restando, portanto, ausente o interesse de agir, caracterizado pelo binômio necessidade/utilidade do processo, impende confirmar a sentença monocrática que extinguiu o presente feito sem resolução do mérito.

Diante do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença proferida pelo magistrado de origem.

É como voto.

Fortaleza, 16 de outubro de 2013

APELAÇÃO CÍVEL
PROCESSO: 0015265-30.2005.8.06.0000
RELATOR: DES. FRANCISCO JOSÉ MARTINS CÂMARA

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS NOS TERMOS EXIGIDOS PELA LEI. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INTELIGÊNCIA DO ART 11, INCISO VI DA LEI 8.429/1992. COMINAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NO ART. 12, III. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1 - Improbidade Administrativa é a falta de probidade, ou seja,é o desvirtuamento da função pública e com a execução de atos que causem enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios da administração pública.

2 - A Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa será direcionada a qualquer agente público, servidor público ou não, para fins de aplicação das penalidades previstas na Lei 8.429/1992.

3 - São considerados atos de improbidade, segundo a Lei 8.429/1992, art. 9, 10 e 11, aqueles que importem enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao erário ou que atentem contra os Princípios da Administração Pública.

4 - *In casu*, restou evidenciado nos autos, conforme se extrai da certidão de fls. 17/18 e das informações acostadas à fl. 25, que de fato a promovida não prestou as contas referentes aos meses de Setembro a Dezembro do exercício de 2004, mediante o sistema informatizado e de acordo com os critérios estabelecidos pelo Tribunal de Contas dos Municípios, no que se refere à aplicação dos recursos recebidos e arrecadados pela Prefeitura Municipal de Caririaçu, quando da sua gestão, fato este que não foi negado nos autos, ato consciente por parte da ex-prefeita.

5 - Trata-se, portanto, de afronta ao Princípio da Legalidade em razão do desrespeito ao art. 70 da Constituição Federal e Art. 42 da Constituição do Estado do Ceará. Portanto, o Ato de Improbidade Administrativa praticado pela ex-prefeita encontra-se tipificados no art. 11, IV da Lei 8.429/1992..
6 - Logo, tratando-se de Ato de Improbidade por ofensa aos Princípios da Administração Pública, não se exige comprovação de dano ou lesão ao erário.
7 -Assim, tendo em vista que a promovida praticou Ato de Improbidade Administrativa previsto nos art. 11, VI, deverão ser-lhes aplicadas as penalidades previstas no art. 12, III da Lei 8.429/1992, isolada ou cumulativamente, a critério do Juiz, nos exatos termos da decisão recorrida.
8 - Apelação Conhecida e Improvida. Sentença Mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER DA APELAÇÃO CÍVEL PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO mantendo integralmente a decisão recorrida que JULGOU A AÇÃO PROCEDENTE reconhecendo o Ato de Improbidade praticado pela promovida aplicando-lhe as sanções previstas no art. 12, III da Lei aplicável à espécie, a saber, suspensão dos direitos políticos pelo período de 3(três) anos, bem como 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 sócia majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.

Fortaleza, 20 de Agosto de 2013

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por **LUCIA VANDA DE MORAIS GUIMARÃES** em face da Sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Caririaçu, nos autos da **Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa c/c Antecipação de Tutela**, aforada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**, que julgou Procedente o Pedido formulado, reconhecendo o Ato de Improbidade Administrativa praticado pela promovida.

Na exordial, assevera o Ministério Público que a promovida, enquanto Prefeita do Município de Caririaçu, não encaminhou a documentação das prestações de contas mensais relativas à aplicação dos recursos recebidos e arrecadados pela Prefeitura Municipal de Caririaçu, alusivo aos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro do exercício financeiro de 2004, mediante Sistema Informatizado - SIM, contrariando frontalmente as disposições do art. 42 da Constituição Estadual e art. 1º da Instrução Normativa nº 4/1997 do TCM.

Contestação, às fls. 79/86, aduzindo a ré que os documentos e informações necessárias à continuidade administrativa foram repassadas pela promovida através de sua assessoria contábil. Aduz que toda prestação de contas foi devidamente enviada ao Tribunal de Contas dos Municípios e à Câmara Municipal, alegando que se houve atraso o fora de forma involuntária e sem a intenção de omitir qualquer informação. Assim alegou que nem todo ato administrativo declarado ilegal constituirá atividade ímproba e, ainda, que deverá existir a vontade do agente de praticar o ato ímprobo, enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário para que se caracterize a improbidade. Requereu, por fim, a improcedência da ação.

Réplica, às fls. 96/97.

Sentença, às fls. 99/105, julgando Procedente o Pedido formulado e reconhecendo o Ato de Improbidade Administrativa praticado pela promovida aplicando as sanções previstas no artigo 12, III da Lei 8.429/92, a saber, suspensão dos direitos políticos da mesma pelo período de 3(três) anos, bem como a 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 sócia majoritária, pela prazo de 3(três) anos.

Irresignada, a promovida interpôs Recurso de Apelação, alegando que a promovida não cometeu Ato de Improbidade Administrativa vez que todos os balancetes e documentos foram enviados materialmente dentro do prazo. O atraso se deu apenas com relação às informações digitalizadas por meio do envio do SIM. Aduz, ainda, que todos os documentos necessários à continuidade administrativa do Município de Caririaçu foram repassados à membros da administração eleita, asseverando que não há nos autos qualquer comprovação de prejuízo sofrido pelo Município em razão da falta de alguma informação ou documento e, ainda, que seria indispensável a comprovação da intenção de de fraudar a lei.

Contrarrazões, pelo promovente, às fls. 127/130, pugnando pelo improvimento do Recurso e manutenção da Sentença recorrida.

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 142/144, deixou de opinar no feito tendo em vista que a atuação do *Parquet* como parte na ação torna desnecessária a atuação deste mesmo órgão na qualidade de *Custos Legis*.

Esse é o relatório.
Ao douto revisor

VOTO

1- PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

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 interposto está presente, uma vez que fora protocolizado no prazo legal, conforme se verifica à fl. 272v.

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

2- DO MÉRITO – DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em sede meritória do apelo, busca a parte apelante a reforma integral do *decisum* Primeiro Grau alegando, ausência de Ato de Improbidade.

O cerne da questão discutida gira em torno da existência de Ato de Improbidade Administrativa e das sanções previstas na Lei 8.429/1992.

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

> "Sendo a questão de mérito e de fato, e os aspectos decisivos da causa se mostram suficientes para embasar o meu convencimento, entendo ser desnecessária a produção de quaisquer outras provas.
> Dito isso, no que se refere a improbidade, a lei de regência estabelece três classes ou categorias de atos de improbidade, quais sejam: 1) as que importem em enriquecimento ilícito, conforme art. 9º da dita lei; 2) as que causem prejuízo ao erário, consoante art. 10, e 3) as que atentem contra os princípios da administração, segundo o art. 11 da mesma lei.
> Ora, na espécie, o autor imputa à parte promovida a violação do artigo 11, VI, posto que a mesma teria quebrado o principio da legalidade ao não promover a prestação de contas, na forma indicada na certidão das fls. 17, violando pois dispositivo constitucional constante no parágrafo único do artigo 70 da CF/88, bem como o artigo 42, da CE. Portanto, descabido o argumento na parte inicial da contestação, pois não foi imputada à ré nenhum dos atos de improbidade administrativa elencados no art. 9 e 10 da Lei 8.429/92.

> Assevera-se, portanto, compulsando detidamente os autos, em especial à partir da certidão das fls. 17/18, e das informações das fls. 25, que de fato a promovida não prestou as contas referentes aos meses de setembro a dezembro do exercício de 2004, mediante o sistema informatizado e de acordo com os critérios estabelecidos pelo TCM, no tocante as prestações de contas mensais relativas à aplicação dos recursos recebidos e arrecadados pela Prefeitura Municipal de Caririaçu, quando de sua gestão.
> Tal fato, entendo, caracterizada a violação do disposto contido no artigo 42 da Constituição do Estado do Ceará, bem como normas decorrentes do TCM que obrigam o administrador público na prestação de contas, bem como importa em desrespeito ao disposto contido no parágrafo único do artigo 70 da CF/88. Essa situação indica quebra do princípio constitucional da legalidade, que por sua vez incide em concreto ato de improbidade por parte da promovida, nos termos do artigo 11, VI da Lei nº 8.429/92.
> ...
> Assim, diante do exposto, nos termos do artigo 70, parágrafo único da CF/88, artigo 42 da Constituição do Ceará,e art. 11, VI da Lei nº 8.429/92, bem como as regras atinentes à matéria expedidas pelo TCM, observado também, o caráter doutrinador, testemunhal e moralizador que deve ser alcançado por decisões deste jaez, julgo procedente a presente ação, oportunidade que reconheço ato de improbidade administrativa praticada por Lúcia Vanda de Morais Guimarães, oportunidade ainda que, nos termos do artigo 12, III, da lei aplicável à espécie, decreto a suspensão dos direitos políticos da mesma pelo período de 3 (três) anos, bem como decreto a 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 3(três) anos."

Trata-se de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa imputado à ex-prefeita municipal de Caririaçu em razão da inobservância ao Princípio da Legalidade ao não promover a prestação de contas, na forma indicada na certidão de fl. 17, violando o art. 70 da CF/88, bem como o art. 42 da CE.

Improbidade Administrativa é a falta de probidade, ou seja,é o desvirtuamento da função pública com a execução de atos que causem enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios da administração pública.

A Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa será direcionada a qualquer agente público, servidor público ou não, para fins de aplicação das penalidades previstas na Lei 8.429/1992, senão vejamos:

> Art. 1º - Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, do Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

A Constituição Federal de 1988, em seu Art. 37 § 4º estabelece as punições a serem aplicadas quando o agente público praticar atos de improbidade:

> Art. 37 ...
> § 4º 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.

São considerados atos de improbidade, segundo a Lei 8.429/1992, art. 9, 10 e 11, aqueles que importem enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao erário ou que atentem contra os princípios da administração.

Quanto ao dolo ou má-fé do agente, registre-se que, segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, para a caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige-se apenas a demonstração do dolo lato sensu ou genérico e o ato independe da ocorrência de dano ou lesão ao erário. (REsp 1135158, Ministra Eliana Calmon).

In casu, restou evidenciado nos autos, conforme se extrai da certidão de fls. 17/18 e das informações acostadas à fl. 25, que de fato a promovida não prestou as contas referentes aos meses de Setembro a Dezembro do exercício de 2004, mediante o sistema informatizado e de acordo com os critérios estabelecidos pelo Tribunal de Contas dos Municípios, no que se refere à aplicação dos recursos recebidos e arrecadados pela Prefeitura Municipal de Caririaçu, quando da sua gestão, fato este que não foi negado nos autos, portanto ato consciente por parte da ex-prefeita.

Trata-se, portanto, de afronta ao Princípio da Legalidade em razão do desrespeito ao art. 70 da Constituição Federal e Art. 42 da Constituição do Estado do Ceará. Portanto, o ato de improbidade administrativa praticado pela ex-prefeita encontra-se tipificados no art. 11, IV, senão vejamos:

> Art. 11 Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade à instituições, e notadamente:
> VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

Logo, tratando-se de Ato de Improbidade por ofensa aos Princípios da Administração Pública, não se exige comprovação de dano ou lesão ao erário.

Assim, tendo em vista que a promovida praticou Ato de Improbidade Administrativa previsto nos art. 11, VI, deverão ser-lhes aplicadas as penalidades

previstas no art. 12, III da Lei 8.429/1992, isolada ou cumulativamente, a critério do Juiz, nos exatos termos da decisão recorrida:

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

Acerca do assunto, leciona José dos Santos Carvalho Filho in Manual de Direito Administrativo:

> "A doutrina, em geral, procura distinções quanto ao sentido de probidade e de moralidade, já que ambas as expressões são mencionadas na Constituição. Alguns consideram distintos os sentidos, entendendo que a probidade é um subprincípio da moralidade. Para outros, a probidade é conceito mais amplo do que o da moralidade, porque aquela não abarcaria apenas elementos morais. Outros ainda sustentam que, em última instância, as expressões se equivalem, tendo a Constituição, em seu texto, mencionado a moralidade como princípio (art. 37, *caput*) e a improbidade como lesão ao mesmo princípio (art. 37, § 4º). Em nosso entender, melhor é esta última posição. De um lado, é indiscutível a associação de sentido das expressões, confirmadas por praticamente todos os dicionaristas, de outro, parece-nos desnecessário buscar diferenças semânticas em cenário no qual foram elas utilizadas para o mesmo fim – a preservação do principio da moralidade administrativa. Decorre, pois, que diante do direito positivo, o agente ímprobo sempre se qualificará como violador do principio da moralidade.
> ...
> Atualmente, é o art. 37, § 4º, da Constituição, a fonte normativa principal sobre a matéria. Segundo o dispositivo, os atos de improbidade administrativa provocam a suspensão dos direitos políticos,a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível. Trata-se, sem dúvida, de sanções severas e necessárias à tutela jurídica alvejada (embora, lamentavelmente, sem aplicadas). Há, ainda, outros mandamentos dotados de conteúdo correlato, como, por exemplo, o art. 37, *caput* (que inclui a moralidade como principio); o art. 37 §5º (prazos de prescrição para ilícitos que causem prejuízo ao erário); e o art. 85, V (crime de responsabilidade do Presidente da República por ato que atente contra a probidade na Administração). (Manual de Direito Administrativo, José dos Santos Carvalho Filho, 24ª Ed, pg. 985)

Sobre o assunto merecem destaques as jurisprudências a seguir colacionadas:

> " Ementa: **ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - FALTA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS - AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS - ART. 11, VI, DA LEI 8.429/92.**
> 1. Busca-se neste recurso definir se a não-prestação de contas constitui ato de improbidade administrativa ou mera irregularidade.
> 2. O art. 11, inciso VI, da Lei 8.429/92 prevê, expressamente, que constitui ato de improbidade administrativo deixar de prestar contas quando o agente estiver obrigado a fazê-lo.
> 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmou-se no sentido de que se configura ato de improbidade a lesão a princípios administrativos, o que, em princípio, independe da ocorrência de dano ou lesão ao erário público.
> 4. Recurso conhecido e improvido. (TJ-CE, Apelação Cível nº 15425200580601231, Desembargador Relator: Jucid Peixoto do Amaral, Órgão Julgador: 6ª Câmara Cível, Data de Registro: 10/08/2011)."

> "Ementa: **ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROMOÇÃO PESSOAL. UTILIZAÇÃO DA FIGURA DO PICA-PAU NO LOGOTIPO INSTITUCIONAL. VINCULAÇÃO AO APELIDO PESSOAL DA PREFEITA E DO SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPESSOALIDADE E MORALIDADE. VIOLAÇÃO.** Reexame necessário da sentença prolatada em Ação Civil Púbica que determinou a retirada da figura de um pica-pau do logotipo da Prefeitura Municipal por caracterizar promoção pessoal.
> A Ação Civil Pública é o meio adequado para proteger interesses de ordem moral e cívica da administração pública, bem como resguardar seus interesses patrimoniais.
> 3. Inaceitável a utilização de desenho que lembre a figura pessoal dos gestores públicos, por violar os princípios básicos da administração, caracterizando improbidade administrativa. Precedentes. REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDO (TJ-CE, Reexame Necessário nº 431200580600951, Desembargador Relator: Francisco Auricélio Pontes, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Data de Registro: 14/05/2012)."

> "**Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO PARA CARGO COMISSIONADO. AUSÊNCIA DE CONTRAPRESTAÇÃO. VEREADOR QUE SE BENEFICIAVA DOS VENCIMENTOS EM PREJUÍZO DO ERÁRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADA.**

1. O litisconsórcio passivo necessário ocorre quando, por disposição legal ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes. Ausente o requisito, a rejeição da preliminar se impõe.
2. Traduz ato de improbidade administrativa tipificado no art. 9º, I, da Lei n. 8.429/92 e sujeito ao alcance das sanções do art. 12, inc. I, do mesmo diploma legal, a conduta de Vereador que se beneficia dos vencimentos de servidor indicado para ocupar cargo comissionado, sem que tenha havido a devida contraprestação laboral.
3.Apelo conhecido e não provido.
(TJ-CE, Apelação Cível nº 2474200480600511, Desembargador Relator: Antônio Abelardo Benevides Moraes, Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível, Data de Registro: 04/10/2011).”

No mesmo diapasão, a jurisprudência do STJ:

“Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – OFENSA AOS PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – NÃO-CARACTERIZAÇÃO – AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO GENÉRICO).
1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
2. O art. 11, inciso VI, da Lei 8.429/92 tipifica como ato de improbidade administrativa deixar o agente de prestar contas, quando obrigado a fazê-lo.
3. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/92 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência desta Corte.
4. Exige-se, para enquadramento em uma das condutas ofensivas aos princípios da administração pública (art. 11 da Lei 8.429/1992), a demonstração do elemento subjetivo, dolo genérico. Precedente do STJ.
5. Recurso especial não provido.(REsp 1140544 / MG RECURSO ESPECIAL 2009/0175240-1, Ministra Relatora: Eliana Calmon, Órgão Julgador: 2ª Turma, Data do Julgamento: 15/06/2010, Data da Publicação/ Fonte:DJe 22/06/2010).”

“Ementa: ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FALTA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS – ART. 11, VI, DA LEI 8.429/92.
1. O art. 11, inciso VI, da Lei 8.429/92 prevê, expressamente, que constitui ato de improbidade administrativo deixar de prestar contas quando o agente estiver obrigado a fazê-lo.
2. A jurisprudência desta Corte, quanto ao resultado do ato, firmou-se no sentido de que se configura ato de improbidade a lesão a princípios administrativos, o que, em princípio, independe da ocorrência de dano ou lesão ao erário público. . Recurso especial provido. (REsp 852671 /

> BA, RECURSO ESPECIAL, 2006/0100442-0, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Órgão Julgador: 2ª Turma, Data da Publicação/Fonte: Dje 03/05/2010)."

Pelo exposto, CONHEÇO DA APELAÇÃO CÍVEL, PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo integralmente a decisão recorrida que JULGOU A AÇÃO PROCEDENTE reconhecendo o Ato de Improbidade praticado pela promovida e aplicando-lhe as sanções previstas no art. 12, III da Lei 8.429/92, a saber, suspensão dos direitos políticos pelo período de 3(três) anos, bem como 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 3(três) anos.

É como voto.

Fortaleza, 20 de Agosto de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL
PROCESSO: 0158089-62.2012.8.06.0001
APELANTE: C. M. M. C.
APELADOS: M. DE S. C. E J. V. DE S. C. REPRESENTADOS POR E. F. S.
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO

VOTO

EMBARGOS À EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. IMPOSIÇÃO PARA RECEBIMENTO COMO IMPUGNAÇÃO. NÃO HÁ MAIS EMBARGOS, PORÉM IMPUGNAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. SENTENÇA ANULADA. EXTINÇÃO DESAUTORIZADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Não obstante, seja a impugnação o meio adequado de se opor ao cumprimento de sentença, e não mais os embargos à execução, e a despeito da existência de diferenças entre a natureza desses meios de resistência, não vislumbro a impossibilidade de se receber um pelo outro, aproveitando-se o ato no que for possível, em homenagem ao princípio da fungibilidade.
2. Vale ressaltar que os artigos 154 e 244 do Código de Processo Civil prestigiam o princípio da instrumentalidade das formas, assentando que reputam-se válidos os atos processuais que alcançam a sua finalidade independentemente de terem sido realizados de maneira diversa daquela prevista em lei.
3. Destarte, age com excesso de formalismo o magistrado que indefere a inicial dos embargos à execução opostos equivocadamente, quando em verdade deveria ter sido oferecida impugnação ao cumprimento de sentença.
4. Sentença anulada. Recurso conhecido e provido.

Trata-se de Recurso interposto por C. M. M. C. em face de M. de S. C. e J. V. de S. C., ambos representados por sua genitora E. F. de S., em razão da sentença de fls. 47/48 que rejeitou liminarmente os embargos apresentados, haja vista não se tratar de execução por quantia certa contra devedor solvente, mas execução de alimentos pela via da coerção pessoal, como demonstrado no artigo 733 do Código de Processo Civil.

Irresignado o apelante interpôs o presente recurso de apelação apontando a necessidade de anulação da sentença atacada, posto que com base no princípio da instrumentalidade e da identidade das formas deve ser aproveitado o instrumento utilizado, caso suficiente o mesmo para se opor ao pleito autoral.

Na origem, as ora apeladas ajuizaram ação de execução de alimentos, aduzindo que o apelante se encontra em mora com a obrigação de prestar alimentos aos filhos menores.

Ocorre que com as alterações advindas da Lei nº 11.232/05, restando implementado o sincretismo processual, o referido feito executório foi processado nos termos do artigo 475-J (cumprimento de sentença) e seguintes do Código de Processo Civil.

Devidamente citado para adimplir as verbas alimentares, nos termos do supracitado artigo, o apelante opôs os presentes embargos à execução, dando aso ao indeferimento da inicial, por carência da ação, eis que não verificado o interesse-adequação.

A Magistrada *a quo* defendeu que a via procedimental escolhida pelo apelante para apresentar sua defesa é inadequada, de acordo com a nova sistemática do cumprimento de sentença, restando patente a carência de interesse processual do embargante, ora apelante.

A despeito do judicioso entendimento exarado na sentença objurgada, entendo que assiste razão ao recorrente quanto a necessidade de observância do princípio da instrumentalidade das formas.

Não se discute que de acordo com a nova sistemática implementada pelos artigos 475-J e seguintes do Código de Processo Civil, instado o devedor a pagar a quantia devida, poderá o mesmo efetuar o respectivo pagamento ou oferecer impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos do artigo 475-L do mesmo Códex.

Não obstante seja a impugnação o meio adequado de se opor ao cumprimento de sentença, e não mais os embargos à execução, e a despeito da existência de diferenças entre a natureza desses meios de resistência, não vislumbro a impossibilidade de se receber um pelo outro, aproveitando-se o ato no que for possível, em homenagem ao princípio da fungibilidade.

O Direito Processual Civil moderno, prima pela efetividade do processo, não admitindo a observância estrita de critérios meramente formais.

Assim o princípio da fungibilidade está aliado à economia processual e à instrumentalidade das formas, a fim de evitar que justa pretensão não seja apreciada em razão de simples equívoco processual, dando efetividade à prestação da tutela jurisdicional.

A tutela executiva, mormente no que toca aos alimentos, passou a ser considerada como direito fundamental, seguindo a tendência irreversível da constitucionalização do Direito Civil, havendo, por parte de seus especialistas, constante preocupação em proporcionar a imediata e integral satisfação do direito pleiteado.

Cahali (2002, p. 967) reporta-se ao assunto, ao sustentar que: Considerando a relevância do crédito por alimentos, as particularidades das prestações a ele relativas, observa que foram acrescentadas ao procedimento comum algumas medidas tendentes a tornar efetiva a execução de maneira mais célere, atendendo ademais a certos requisitos da obrigação alimentícia.

Por esta razão, estabeleceu-se um rito próprio para a ação de execução de alimentos, contido tanto na Lei n.º 5.478/1968, denominada lei de alimentos, quanto no Código de Processo Civil, tendo por meios executórios, o desconto em folha de pagamento (art. 734 do CPC), a coerção pessoal (art. 733, § 1º do CPC) e a expropriação (art. 732 do CPC).

O conflito entre o direito à tutela executiva do alimentando e o direito à ampla defesa do executado tem se verificado, na prática, o prevalecimento deste em detrimento daquele, apesar de todos os argumentos já expostos em favor dos alimentandos.

Madaleno (1999) esclarece que: No confronto dos benefícios e dos prejuízos que podem advir da adequação de dois princípios constitucionais basilares [...], a preocupação do magistrado com o balizamento da proporcionalidade dos meios [...], tem permitido encontrar largo espaço de insidiosa disputa judicial. Em qualquer uma das modalidades executivas da pensão de alimentos o tempo e o acatamento de diversificado leque defensivo só tende a enfraquecer o exequente que precisa de alimentos para sobreviver.

Em favor do direito de ambos os litigantes, desenvolveu-se a teoria da ponderação de interesses, que, pautada pelo princípio da proporcionalidade, busca a moderação dos interesses através do caso *in concreto.*

Segundo Sarmento (2000, p. 96), a aplicação de tal teoria só se justifica quando: [...] (a) mostrar-se apta a garantir a a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

Cuida-se da lógica do razoável. Tavares (2003, p. 531) afirma que a proporcionalidade numa primeira aproximação é "[...] a exigência de racionalidade, a imposição de que os atos estatais não sejam desprovidos de um mínimo de sustentabilidade [...]".

A aplicabilidade da Lei nº. 11.232/2005 à execução de alimentos é seguramente, por todas as razões já expostas anteriormente, uma das mais importantes

garantias de solvibilidade do devedor, pois traz outros meios de coercibilidade do devedor, além de possibilitar ao alimentante rapidez no cumprimento da efetividade de sua tutela executória.

Já há, inclusive, entendimento nesse sentido preconizado pelos juízes das Varas de Família e Sucessões do interior do Estado de São Paulo. Veja-se:

> Enunciado 21: Aplicam-se as disposições da Lei 11.232/2005 às execuções de alimentos que não se processam pelo rito do artigo 733 do CPC.
>
> Enunciado 22: O artigo 732 do CPC foi implicitamente revogado pela lei 11.232/2005, em especial pelo artigo 475-I, devendo ser observada a lei nova.
>
> Enunciado 23: A multa prevista no art. 475 – J não se aplica às execuções de alimentos pelo rito do art. 733 do CPC.
>
> Enunciado 29: Cumprida a prisão civil na ação de execução processada pelo rito do artigo 733 do CPC, o feito prosseguirá pelo rito da Lei 11.232/05 visando a cobrança dos débitos alimentares vencidos até a data em que o executado foi colocado em liberdade.

Este também tem sido o posicionamento recente dos tribunais pátrios:

> AÇÃO DE ALIMENTOS. EXECUÇÃO DE DIFERENÇAS. INCIDÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 11.232/2005.
> 1. Se a execução de alimentos foi proposta já na vigência da lei nova, evidentemente esta tem incidência, devendo a execução dos alimentos ser processada nos mesmos autos da ação de alimentos, como pedido de cumprimento de sentença2. É viável, nos próprios autos, reclamar o cumprimento de sentença consoante previsão dos art. 475-J e seguintes do CPC.
> 3. Como o pedido de cumprimento de sentença não contempla a forma procedimental de cobrança posta no art. 733 do CPC, cabe à credora de alimentos promover ação de execução de alimentos autônoma formulando tal pretensão. Recurso provido em parte. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70020584850. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Data do Julgamento: 21/11/2007. Data da Publicação: 27/11/2007).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ALIMENTOS - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - DIFERENÇA DOS VALORES JÁ QUITADOS COM A VERBA ALIMENTÍCIA FIXADA NO *DECISUM* - ARGUIÇÃO DE PRELIMINAR - CABIMENTO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS CONTRA QUALQUER DECISÃO JUDICIAL - PRAZO INTERROMPIDO. “A decisão interlocutória pode ser esclarecida ou completada na via dos embargos de declaração, que devem ser recebidos em todos os seus efeitos” (RE- 159.317 STJ - REL. MIN. SÁLVIO DE

> FIGUEIREDO TEIXEIRA. "A lei nº 11.232/05 que acrescentou o Art. 475-J ao Código de Processo Civil aplica-se à execução de alimentos" (AI-70019020379 - 8ª Câmara Civil - RGS). (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento 1.0024.04.410558-3/005. Relator: Desembargador Alvim Soares. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Data do Julgamento: 28/08/2007. Data da Publicação: 08/11/2007.).

DA INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL

Fungibilidade, ou o princípio da fungibilidade, também é uma característica do sistema recursal, significando que se no caso concreto deveria ser interposto um tipo de recurso mas se escolhe outro, esse último pode ser aceito, desde que haja dúvida, na doutrina ou jurisprudência, quanto a qual o tipo correto do recurso a ser utilizado no caso. Fungibilidade significa, no conceito jurídico, a substituição de uma coisa por outra (Silva, 1993:336).

Por sua vez, o princípio da fungibilidade indica que um recurso, mesmo sendo incabível para atacar determinado tipo de decisão, pode ser considerado válido, desde que exista dúvida, na doutrina ou jurisprudência, quanto ao recurso apto a reformar certa decisão judicial.

Em outras palavras, ressalvadas as hipóteses de erro grosseiro, a parte não poderá ser prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo o processo ser conhecido pelo Tribunal *ad quem* (Código de Processo Civil de 1939, art. 810 Diogo Simione).

Neste sentido, colho julgados dos Tribunais:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SFH. CONTRATO DE MÚTUO FIRMADO COM A COHAB. IMÓVEL DADO EM GARANTIA À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. COBERTURA DO FCVS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. EXCLUSÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS.
>
> I - Tem natureza de decisão interlocutória - e não de sentença - o provimento jurisdicional que exclui da relação processual um dos sujeitos do contraditório e determina o prosseguimento do feito entre os demais.
>
> II - Não se tratando de erro grosseiro e tendo sido interposta a apelação dentro do prazo do agravo - recurso adequado para a hipótese -, deve-se conhecer do recurso, com base no princípio da fungibilidade.
>
> III - Legitimidade passiva da CEF para figurar nas ações que versam sobre revisão do contrato firmado de acordo com as regras do SFH quando o imóvel lhe tiver sido dado em garantia e o contrato possuir cobertura pelo FCVS. Precedentes do C. STJ e deste Tribunal Regional Federal. (TRF-3 - AC: 5425 SP 2003.61.08.005425-2, Relator: JUIZ CONVOCADO NELSON PORFÍRIO, Data de Julgamento: 02/02/2011, JUDICIÁRIO EM DIA - TURMA B).

Neste sentido, colho julgado desta Câmara e desta Relatoria:

> PROCESSO CÍVIL. INVENTÁRIO. INCIDENTE DE REMOÇÃO DE INVENTARIANTE. APELAÇÃO NO LUGAR DE AGRAVO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA DECISÃO, DESDE QUE NÃO CONFIGURE ERRO GROSSEIRO, CAPAZ DE CONTAMINAR O PROCESSO E SEJA INTERPOSTO NO PRAZO PROVISIONADO PELA REGRA PROCESSUAL. REMOÇÃO FUNDAMENTADA EM DIVERGÊNCIA ENTRE HERDEIROS. LITIGIOSIDADE QUE PREJUDICA O ANDAMENTO DO INVENTÁRIO. HARMONIA NECESSÁRIA. PRESERVAÇÃO DOS HAVERES. AFASTAMENTO DO RISCO DE DETERIORIZAÇÃO. R APELAÇÃO CONHECIDA A TÍTULO DE AGRAVO, PORÉM, IMPROVIDA. DECISÃO QUE SE MANTÉM.
> A decisão que aprecia pedido de remoção de inventariante tem caráter interlocutório, visto que não põe fim ao processo de inventário, consistindo em simples incidente processual Cabível, nesse passo, o recurso de agravo de instrumento. **Princípio da fungibilidade, contudo, permissível, em relação ao recurso apelatório, à luz de precedentes do STJ, posto não configurar erro grosseiro. Exigida somente a observância do prazo para a interposição do recurso de agravo.** Caso em que a apelação foi interposta no prazo decendial. Apelação conhecida, porém improvida. Decisão mantida. Ap. 0003001-20.2001.8.06.0000, julgado em out/2011

Outrossim, os artigos 154 e 244 do Código de Processo Civil prestigiam o princípio da instrumentalidade das formas, assentando que reputam-se válidos os atos processuais que alcançam a sua finalidade independentemente de terem sido realizados de maneira diversa daquela prevista em lei.

Sobre o tema pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "O atual CPC prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis" (STJ-RT 659/183).

> "Segundo proclamou o recente Congresso Mundial de Direito Processual, é em dispositivo do nosso CPC que se encontra a mais bela regra do atual **Direito processual, a saber, a insculpida no art. 244, onde se proclama que 'quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade"** (STJ-RT 6 8 3 / 1 8 3) .
>
> **Em tema de nulidade no processo civil, o princípio fundamental que norteia o sistema preconiza que para o reconhecimento da nulidade do ato processual é necessário que se demonstrem, de modo objetivo, os prejuízos conseqüentes, com influência no direito material e reflexo na decisão da causa"** (STJ-6a T.: RSTJ 1 1 9 / 6 2 1) **. "** conforme nota

> 3 ao art. 244 do Código de Processo Civil feita por Theotonio Negrão *in*_ "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", editora Saraiva, 40ª edição, pág. 365.

Colaciono julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo com o mesmo substrato jurídico:

> ALIMENTOS - EXECUÇÃO - EMBARGOS DO DEVEDOR - DESCABIMENTO - PEÇA PROCESSUAL ADMITIDA COMO JUSTIFICATIVA - OBSERVÂNCIA DO TRÍDUO LEGAL - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO PROCESSUAL DA FUNGIBILIDADE DA FORMA DOS ATOS - CARÁTER COERCITIVO, E NÃO PUNITIVO, DO DECRETO PRISIONAL NA FORMA DO ART. 733 DO CPC - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À ALIMENTARIA - AGRAVO DESPROVIDO . (TJ-SP - AG: 5760004100 SP , Relator: Dimas Carneiro, Data de Julgamento: 10/09/2008, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/09/2008).
>
> Execução de alimentos. Embargos à execução. Rejeitados liminarmente. Fungibilidade. Possibilidade. Recebimento como se impugnação. Extinção afastada. Recurso provido. (CR 5473544900 SP, Relator: Adilson de Andrade - 3ª Câmara de Direito Privado - Publicação: 19/09/2008)
>
> EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL - Cobrança de despesas condominiais - Erro na interposição de embargos a execução, quando de impugnação ao cumprimento de sentença se cuidava, que não chega a ser grosseiro, ao menos na fase inicial de vigência das novas regras processuais - Recebem-se, por isso, os embargos como impugnação, que se examinará pelo mérito, em homenagem aos princípios da fungibilidade e da instrumentalidade - Decisão que rejeitou os embargos sem exame de mérito, anulada - Recurso provido (Apelação Cível n. 1179087-0/8 - 28a Câmara de Direito Privado - Relator Celso Pimentel - 29 07 08-VU - Voto n 15534).

Destaco que a prisão civil do alimentante não tem caráter punitivo, mas sim coercitivo, destinado a garantir a sobrevivência dos alimentandos. Portanto, as razões do inadimplemento têm extrema relevância para a expedição de um possível decreto prisional, cujo não recebimento dos embargos como justificativa, lhe causaria prejuízo não mensurável, uma vez que o objetivo da medida prisional é o pagamento, e não a punição.

Destarte, entendo que o Magistrado Singular agiu com excesso de formalismo, quando em verdade poderia a mesmo, observando o princípio da fungibilidade, receber os embargos à execução opostos pelo apelante, como se impugnação ao cumprimento de sentença fosse, prestando assim de forma efetiva a tutela jurisdicional.

Posto isto, conheço do presente recurso, para DAR-LHE provimento, anulando a sentença recorrida, determinando, via de consequência, o retorno dos autos ao Juízo de origem para que seja processado o presente meio de defesa, como impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos do artigo 475-L e seguintes do Código de Processo Civil, nos termos do voto supra.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 22 de agosto de 2013

PROCESSO Nº 0001719-94.2000.8.06.0027
APELAÇÃO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE ACARAPE-CE
APELANTE: COELCE – COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ
APELADO: MANOEL OTACIANO DA SILVA
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA DE POSTE DE ENERGIA ELÉTRICA SOBRE RESIDÊNCIA. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. INOCORRÊNCIA. ACONTECIMENTO DANOSO PREVISÍVEL E EVITÁVEL. CARACTERIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL. DEVER DE REPARAR CONFIGURADO.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL. A demandada, na condição de concessionária de serviço público, é civilmente responsável pelo dano decorrente do evento narrado na exordial, por força da teoria do risco administrativo e do disposto no art. 37, § 6º, da CF/88.

2. DANO MATERIAL. Para que seja passível de reparação, exige a comprovação do efetivo prejuízo experimentado. No caso em liça, há prova material do dano e do valor dos bens danificados. Quanto aos aluguéis pagos, devem ser limitados da data de início do contrato de locação até o efetivo recebimento do valor da condenação a título de dano material no valor total de R$ 12.152,80.

3. DANO MORAL. Fatos narrados na peça portal – destruição parcial da residência do autor por queda de poste de energia elétrica – que, a toda evidência, ultrapassam o mero dissabor, não se identificando como simples contratempo do cotidiano, a configurar dano moral, passível de reparação.

4. Inocorrência de caso fortuito e força maior. Verificação de conduta omissiva e negligente da Concessionária de energia elétrica. Evidenciado o nexo causal entre a omissão na conservação da posteação e o resultado danoso. Consequente responsabilidade civil da demandada.

5. Recurso apelatório conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade, para rejeitar a preliminar suscitada e conhecer do recurso apelatório, dando-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação manejada por **COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE**, adversando a sentença (fls.148/157) proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Acarape-CE, nos autos de Ação de Indenização por Danos Morais com Pedido de Antecipação de Tutela proposta em seu desfavor por **MANOEL OTACIANO DA SILVA**, que julgou o pedido procedente.

Na inicial, alegou o autor que, a queda de um poste de energia elétrica sobre sua residência, em 21/04/2010, por volta das 03 horas da manhã, durante uma chuva, derrubou 03 (três) compartimentos, danificou outros 03 (três), além de vários bens e utensílios domésticos. Informou que foi encaminhado ao local um representante da COELCE, que se comprometeu a ressarcir os prejuízos e arcar com aluguel de uma casa. Passados alguns dias, foi-lhe oferecido o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), considerado insuficiente para acobertar tais gastos.

Diante disso, buscou o judiciário e pleiteou a condenação da requerida I) ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 20.400,00 (vinte mil e quatrocentos reais); II) o ressarcimento dos danos materiais em R$ 12.152,80 (doze mil, cento e cinquenta e dois reais e oitenta centavos); III) ao pagamento de aluguéis até o término da ação; IV) a concessão de tutela antecipada e V) honorários advocatícios no percentual de 20% sobre o valor da condenação (fls. 11/12).

Documentos e fotografias acostados às fls. 17/32.

A COELCE apresentou contestação (fls. 48/63), requerendo 1) inépcia da inicial por carência de ação em decorrência de ausência de documentação comprovando a propriedade do imóvel danificado. No mérito alegou 2) excludente de responsabilidade por força maior; 3) falta de demonstração dos danos material e moral; 4) inexistência de dano moral; 5) caso existente, o valor do dano moral requerido é exorbitante; 6) ausência dos requisitos da tutela antecipada e 7) postula condenação honorária na base de 20% sobre o valor da causa.

Juntou os documentos de fls. 64/73.

Restou infrutífera a tentativa de conciliação, conforme termo de audiência, de fl. 82.

Réplica à contestação, às fls. 92/102, acompanhada de escritura particular de compra e venda do imóvel danificado (fl. 96), comprovante de pagamento do IPTU (fl. 97), ordem de desligamento e conta da COELCE (fls. 98/99/100) e fatura da CAGECE (fl.101).

Em petição às fls.106/111, a COELCE reforçou os argumentos da contestação e se insurgiu acerca da impossibilidade da juntada de documentação pelo autor em sede de réplica à contestação.

Às fls.113/115, o juiz de 1º grau rejeitou o pedido de desentranhamento dos documentos de fls. 82/86, pois "*não substanciais nem fundamentais ao ajuizamento da ação, mas apenas probatórios, em contraposição à defesa oferecida*" (fl.114) e a preliminar de inépcia da inicial. Fixou como "*ponto controvertido a ocorrência da excludente de responsabilidade invocada em contestação e o valor dos danos materiais suportados pelo requerente*" (fl. 115).

Termo de audiência de instrução e julgamento à fl.125, no qual se procedeu ao depoimento pessoal do autor (por meio de gravação digital), sem oitiva de testemunhas, visto que não arroladas em tempo hábil.

Memoriais do autor às fls.132/137 e da Concessionária/ré às fls.139/146.

Em sentença, às fls.148/157, o magistrado condenou a requerida: 1) a título de danos morais ao pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) corrigidos monetariamente pelo INPC até o efetivo pagamento e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir do evento danoso (Súmula nº 54, do STJ); 2) a título de danos materiais ao pagamento da reconstrução da casa e ressarcimento dos objetos domésticos, totalizando R$ 12.152,80 (doze mil, cento e cinquenta e dois reais e oitenta centavos), incidente correção monetária pelo INPC a partir do ajuizamento da ação e acrescido de juros de 1% (um por cento) ao mês a contar do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ) e 3) "*ao ressarcimento dos valores relativos aos alugueis (sic) pagos pelo requerente desde a data do contrato de fl.23 até a efetiva reconstrução da sua casa, que deverão ser corrigidos monetariamente pelo INPC a partir do desembolso de cada parcela e acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês a contar do evento danoso, sendo que esta última verba deverá ser apurada em liquidação de sentença*" (fl. 156). Ainda, condenou a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono do autor, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º do CPC.

Inconformada, a Concessionária interpôs o presente recurso de Apelação, fls. 160/177, reiteirando os argumentos da peça de defesa e pleiteando, preliminarmente,

1) inépcia da inicial por carência de ação em decorrência de ausência de documentação comprovando a propriedade do imóvel danificado, 2) o desentranhamento dos documentos trazidos aos autos pelo autor após a propositura da ação. No mérito: 3) excludente de responsabilidade por força maior; 4) ausência de comprovação dos danos material e moral. Requer, ainda, caso haja parcial provimento, 5) a reforma da sentença para limitar o ressarcimento dos alugueis pagos, e 6) redução dos danos morais.

Não há contrarrazões.

É o relatório.

À douta revisão.

Fortaleza, 13 de novembro de 2013.

VOTO

Conheço do recurso apelatório, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

PRELIMINAR

Não assiste razão ao recorrente, quanto à preliminar de inépcia da inicial por ausência de registros hábeis a provar a propriedade do imóvel danificado, requerendo o desentranhamento dos documentos juntados aos autos, por ocasião da réplica à contestação, a ensejar a extinção do feito sem resolução do mérito.

Da possibilidade de juntada de documentos após a contestação dispõe o Código de Processo Civil, em seu art. 396 que "*compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.*" Todavia, o preceito deste dispositivo não é absoluto, sendo relativizado pelo mesmo diploma legal no art. 397 do CPC:

> Art. 397, CPC. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, **ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.**

Em análise literal da norma citada, poder-se-ia inferir que somente documentos novos referentes a fatos novos poderiam ser produzidos após a inicial ou a contestação. No entanto, priorizando o princípio da segurança jurídica, com o fortalecimento do grau de certeza dos julgamentos judiciais, a jurisprudência vem dando interpretação ampliativa ao art. 397 do CPC, admitindo a juntada de documentos

a qualquer tempo, exigindo para tanto, somente, que seja dada à parte contrária o direito de contraditá-los.

É o que se depreende dos julgados do Superior Tribunal de Justiça a seguir transcritos:

> PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PROBATÓRIO. DISTRIBUIÇÃO DA CARGA DA PROVA. PARTE AUTORA QUE INSTRUI MAL A INICIAL. OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS. SILÊNCIO. SENTENÇA. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
> (...)
> **4. Ainda acerca do direito probatório, convém ressaltar que, via de regra, a oportunidade adequada para que a parte autora produza seu caderno probatório é a inicial (art. 282, inc. I, do CPC). Para o réu, este momento é a contestação (art. 300 do CPC). Qualquer outro momento processual que possa eventualmente ser destinado à produção probatória deve ser encarado como exceção.**
> **5. Assim, a abertura para a réplica, p. ex., encontra limites estreitos no CPC, seja quando o réu alegar alguma das matérias do art. 301 do mesmo diploma legislativo, seja quando o réu trouxer dados inéditos ao processo, tendo a parte autora, como consequência do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, direito de sobre eles se manifestar (arts. 326 e 327 do CPC).**
> 6. (...)
> 16. Recurso especial provido a fim de julgar o processo extinto com resolução de mérito pela improcedência do pedido.
> (Resp. 840.690/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 28/09/2010).

Nesse mesmo sentido, manifestou-se este egrégio Tribunal de Justiça:

> "APELAÇÃO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA DE CRÉDITOS - JULGAMENTO *EXTRA PETITA* – **INTEMPESTIVIDADE DE JUNTADA DE DOCUMENTO** - impossibilidade jurídica do pedido - PRELIMINARES REJEITADAS - contrato de cessão de créditos - validade - reconhecimento da contratação firmada - confirmação da sentença. 1- (...). 2- (...). 3- **Admite-se, uma vez respeitado o contraditório, que a parte junte aos autos documentos, em qualquer tempo, com o intuito de complementar a prova já feita. Inocorrência de ofensa ao art. 397 do CPC. Recurso Especial não conhecido.** (STJ. Resp. 61829. Ministro Nilson Naves. Julgado em 01/04/1997). 4- (...). 5- (...). 6- recurso de apelação conhecido, mas não provido. 7- sentença mantida".
> (TJCE; APC 2005.0005.2492-3/1; 3ª CÂMARA CÍVEL; DES. CELSO ALBUQUERQUE MACEDO; Julgado em 07/08/2007).

Com efeito, não restam dúvidas quanto à possibilidade de juntada de documentos após a fase postulatória, exigindo-se, para tanto, somente a possibilidade

da parte adversa contraditá-los, o que foi observado consoante o despacho de fl.103 e petição da parte ré, às fls.106/111.

Essa prática, portanto, não configura afronta aos dispositivos processuais dos arts. 396 e 397 do CPC, mas consiste em interpretação ampliativa que concretiza o princípio da segurança jurídica.

Sem embargo, a questão foi superada na primeira instância, quando o magistrado rejeitou tal preliminar (fls. 113/115) e fixou os pontos controvertidos da lide, não havendo notícia de recurso, restando preclusa a discussão.

Afasto, pois, essa prefacial e passo a análise do mérito recursal.

MÉRITO

Alude a controvérsia sobre a responsabilidade civil da COELCE, ora recorrente, concessionária de serviço público de energia elétrica, pela queda de poste de energia elétrica sobre a residência do autor, danificando-a.

A Constituição Federal de 1988 adotou a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco administrativo, para aferição da responsabilidade civil do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, que aduz: a*s pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*.

Houve, a partir de então, um alargamento no âmbito de incidência da responsabilidade civil, passando, também, as pessoas jurídicas de direito privado, desde que sejam prestadoras de serviços públicos, como é o caso da recorrente, a responder objetivamente.

A Suprema Corte tem estabelecido que a responsabilidade civil do Estado, ocorre diante das seguintes situações: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa; esclarecendo que a mesma pode ser excluída, total, ou parcialmente, por culpa da vítima (STF, RE 178806, DJ 30/6/95), bem como pelo caso fortuito, ou força maior (STF, RE 109615, DJ 2/8/96), ou por fato de terceiros ou da natureza (STJ, REsp 44500, DJ 9/9/02), é o que se extrai das seguintes ementas:

> EMENTA: - CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. **RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURIDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURIDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO.** Constituição Federal, art. 37, par. 6..
> I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde

> que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II. - **Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público**. III. - No caso, não se comprovou culpa da vítima, certo que a ação foi julgada improcedente sobre o fundamento de não ter sido comprovada a culpa do preposto da sociedade de economia mista prestadora de serviço. Ofensa ao art. 37, par. 6., da Constituição. IV. - R.E. conhecido e provido. (RE 178806, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 08/11/1994, DJ 30-06-1995 PP-20485 EMENT VOL-01793-20 PP-03957)

> EMENTA: INDENIZAÇÃO - **RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL** (...) - A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). - **O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima.**
> (RDA 137/233 - RTJ 55/50). (...) (RE 109615, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 02-08-1996 PP-25785 EMENT VOL-01835-01 PP-00081).

Tem-se, pois, a aplicação da chamada teoria do risco administrativo, que preceitua ser objetiva a responsabilidade civil do Estado, desnecessária a comprovação de culpa, sendo afastada, apenas, nos casos de exclusão do nexo causal, fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiros.

In casu, restou amplamente demonstrado diante dos documentos, fotos, boletim de ocorrência constantes dos autos (fls. 17/23), a queda do poste de energia elétrica na residência do autor e os prejuízos dele decorrentes, cuja manutenção competia à concessionária de energia elétrica demandada.

A questão, aliás, foi bem analisada pelo julgador de 1º Grau, nos termos dos fundamentos por ele utilizados, adotando-os como razões de decidir, *in verbis* (fl.161):

> Ora, apesar da incontroversa existência de chuvas e ventos na noite em que ocorrido o fato que ensejou a propositura da presente ação, não há nos autos uma demonstração sequer de que tal fenômeno natural tenha ultrapassado os limites normais, tal como ocorre em casos de ciclones, tufões, furacões, vendavais, que fujam por completo ao controle do homem. Até por que no Estado do Ceará tais acontecimentos da natureza, via de regra, é sabido, não ocorrem.
> Os documentos anexados aos autos, todos por parte do requerente, diga-se, e a prova oral colhida em audiência, limitada ao depoimento pessoal do requerente, estão a indicar que houve uma chuva absolutamente dentro da normalidade na fatídica noite em que o poste de alta tensão tombou sobre a residência sinistrada. Não há falar, assim, em exclusão de responsabilidade pela ocorrência de força maior.

Assim sendo, não prospera a tese excludente de responsabilidade suscitada pela apelante, de força maior devido a forte chuva, e que "*no caso em análise, não houve qualquer defeito na prestação do serviço, haja vista que o incidente e suas consequências não podiam ser evitados pela distribuidora de energia elétrica (…) Afinal, em se tratando de evento natural, a promovida não tinha condições de controlar o que ocorreu.*" (fl. 167).

É de se notar que não há registro nos autos de que o mesmo evento natural tenha repercutido em outros equipamentos da empresa na área de situação da residência atingida pertencente ao recorrido.

Nesse contexto, merece guarida a pretensão autoral, surgindo o dever de indenizar da apelante, por existente a relação de causalidade entre o evento danoso, a queda do poste e o dano sofrido pelo administrado, diante da farta documentação probatória constante dos autos (fls. 17/23).

Nessa perspectiva, ainda que não se considerasse aplicável a teoria da responsabilidade objetiva, resta comprovada nos autos a culpa *in vigilando*, por omissão da recorrente na qualidade de guardiã das linhas e postes de transmissão e de distribuição de energia elétrica, obrigação inerente da Concessionária de fiscalizar, frequente e ininterruptamente, as instalações relativas a esse serviço público, sob pena de responder pelos danos resultantes da sua falha.

Nesse aspecto, o seguinte julgado do STJ:

> CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. A concessionária de serviço público encarregada do fornecimento de energia elétrica tem a obrigação de zelar pela perfeita manutenção de seus equipamentos e rede; deixando de fazê-lo, responde pelos danos daí resultantes. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 712231/CE, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, DJ 04.06.2007)

Desse modo, a inércia da apelante direciona-se ao comando do art. 37, § 6º, da Carta Magna, que contempla a teoria do risco administrativo, devendo indenizar os danos que as suas atividades, os seus serviços e as suas inações causarem a particulares, bastando, para tanto, a comprovação do efetivo prejuízo e a relação de causalidade.

Repita-se, que as excludentes da responsabilidade civil não restaram evidenciadas na espécie.

Em casos semelhantes, vê-se os seguintes arestos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a seguir:

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. **RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA DE POSTE. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. INOCORRÊNCIA. ACONTECIMENTO DANOSO PREVISÍVEL E EVITÁVEL. CARACTERIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL. DEVER DE REPARAR CONFIGURADO.**
> 1. RESPONSABILIDADE CIVIL. A demandada, por ser uma concessionária de serviço público, deve ter a sua responsabilidade pelo evento analisada sob o prisma da teoria do risco administrativo, consoante os termos do art. 37, § 6º, da CF/88. 2. Inocorrência de caso fortuito e força maior, pois eventual tempestade não foi a causa adequada do evento e sim a conduta omissiva e negligente da ré, que não substituiu o poste que se encontrava em mau estado de conservação. Dano evitável e previsível. Evidenciado o nexo causal entre a omissão na conservação dos postes de distribuição de energia elétrica e o resultado danoso. Manutenção da sentença que reconheceu a responsabilidade civil da demandada. 3. DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES. Comprovado o efetivo prejuízo experimentado, é devida a reparação pelos danos materiais e lucros cessantes. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.
> (Apelação Cível Nº 70026791756, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 18/02/2009) Data de Julgamento: 18/02/2009 Publicação: Diário da Justiça do dia 05/03/2009.

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS MORAIS E LUCROS CESSANTES. QUEDA DE POSTE. INCÊNDIO EM RESIDÊNCIA. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. 1. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO.** É cediço que, sendo a empresa demandada concessionária de serviço público, responde

> objetivamente, a teor do art. 37, § 6º da Constituição Federal, pelos danos que, na consecução de seu mister, por ação ou omissão, houver dado causa, bastando à vítima a comprovação do evento lesivo e do nexo etiológico entre este e a conduta do agente. Hipótese em que restou comprovada nos autos a relação de causa e efeito entre o evento danoso incêndio que destruiu a moradia do autor e a má conservação do poste de luz que desabou sobre a edificação. Caso fortuito e força maior não configurado. Precedentes jurisprudenciais. Dever de indenizar reconhecido. 2. DANO MATERIAL. O dano material, para que seja passível de reparação, exige a comprovação do efetivo prejuízo experimentado. Condenação da ré ao ressarcimento de valores relativos aos bens que guarneciam a residência, especificados no relatório de vistoria elaborado pela ré. Quantum arbitrado com base na descrição de bens, orçamentos e prova oral produzida, no montante de R$ 15.304,60, que se mantém. Recursos desprovidos, no ponto. 3. LUCROS CESSANTES. Não tendo o autor logrado comprovar os valores que percebia a título de remuneração mensal antes do evento, não há como presumir o quanto deixou de ganhar em decorrência do fato. Inviável a concessão de indenização por danos hipotéticos. Condenação no valor de R$ 4.000,00 por lucros cessantes afastada. 4. DANO MORAL CONFIGURADO. Fatos narrados na peça portal destruição da morada do autor e de todos os seus pertences em razão do incêndio que, a toda evidência, ultrapassam o mero dissabor, não se identificando como simples contratempo do cotidiano, configurando dano moral, passível de reparação. Condenação mantida 5. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. Na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar *quantum* que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. A análise de tais critérios, aliada às demais particularidades do caso concreto, conduz à redução do montante indenizatório para R$ 12.000,00 (doze mil reais), que deverá ser corrigido monetariamente, pelo IGP-M, a partir da data desta sessão, até o efetivo pagamento, e acrescido de juros de mora à razão de 12% ao mês, a contar da citação, conforme determinado pelo julgador a quo. 6. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DENUNCIADA. Demonstrado que a denunciada Royal & Sunalliance Seguros (Brasil) não se opôs à denunciação, reconhecendo a responsabilidade decorrente do contrato de seguro firmado com a ré, cumpre o afastamento da verba honorária a ela atribuída no ato sentencial. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.
> (Apelação Cível Nº 70015952138, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 23/11/2006) Data de Julgamento: 23/11/2006 Publicação: Diário da Justiça do dia 12/12/2006

Então, presentes as condições a configurar responsabilidade civil, correta a sentença que condenou a apelante a indenizar o apelado pelos danos morais e materiais sofridos.

DO DANO MATERIAL

Reconhecida a responsabilidade exclusiva da concessionária de energia elétrica demandada para o evento, passo, de imediato, ao exame das verbas indenizatórias arbitradas no ato sentencial, objeto de insurgência recursal da ré.

A condenação a título de dano material deve observar os limites do pedido vestibular, na forma do art. 126 da lei adjetiva civil. O autor/apelado postulou "*a quantia de R$ 11.324,50 representando o menor valor do orçamento a títulos dos danos materiais, onde R$ 3.000,00 (mão de obra) e R$ 8.324,50 (materiais), sem esquecer de requerer ainda parte dos móveis destruídos no valor de R$ 828,30, perfazendo o valor total de R$ 12.152,80... Que a Ré seja condenada a pagar ao autor os aluguéis do início pagamento até o término da ação...*" (fls. 11/12).

É cediço que o dano material, ao contrário do que ocorre com o dano moral, exige a comprovação do efetivo prejuízo experimentado.

Não há dúvida de que a casa na qual residia o autor era de sua propriedade comprovada com a escritura particular de compra e venda do imóvel danificado (fl. 96), recibo de pagamento do IPTU (fl. 97), ordem de desligamento e conta da COELCE (fls. 98/99/100) e fatura da CAGECE (fl.101).

Dessa forma, tenho como inequívocos os danos materiais suportados pelo demandante que teve sua residência parcialmente destruída pela queda do poste de energia elétrica, consoante ilustram as fotos (fls. 18/22) coligidas aos autos e a informação constante na solicitação de indenização a COELCE (fl. 17):

> Dados sobre a ocorrência do dano – descrição
> Poste com transfamador (sic) caiu em cima da casa do cli em 21 04 2010 destruindo casa cli apresento fotos do ocorrido e orçamento

Visando ao ressarcimento desses danos, com a inicial, o demandante acostou dois orçamentos de material para construção, no valor de R$ 11.324,50 (fls. 27/28), que, apesar de idênticos, não se mostram fora da realidade, demonstrando valores adequados para reconstrução de casa modesta, como aparentava ser a destruída pela queda do poste de energia.

Quanto a "*parte dos móveis destruídos no valor de R$ 828,30*" (fl. 12), foram acostados aos autos uma lista do que foi danificado (fl. 29). Alguns desses equipamentos tiveram sua existência comprovada com notas fiscais (fl. 31) e, com relação aos outros, não é crível exigir que o autor traga tudo aos autos, visto que, dificilmente, se guarda todas as notas fiscais do que se compra. Assim, a única forma de apuração dos prejuízos – descrição de bens, orçamentos e razoabilidade do valor cobrado – foi devidamente observada e deferida pelo magistrado *a quo*, sem impugnação específica da recorrente, não ensejando reparos a sentença recorrida nesse aspecto.

Finalmente, a título de danos materiais pleiteia, ainda, "*que a Ré seja condenada a pagar ao autor os aluguéis do início pagamento até o término da ação...*", (fl. 12), necessidade comprovada com o contrato e recibo de aluguel no valor de RS 100,00 (fls. 24/26).

A condenação do juízo *a quo* nesse ponto deu-se nos seguintes termos:

> ao ressarcimento dos valores relativos aos aluguéis pagos pelo requerente desde a data do contrato de fl.23 até a efetiva reconstrução da sua casa, que deverão ser corrigidos monetariamente pelo INPC a partir do desembolso de cada parcela e acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês a contar do evento danoso, sendo que esta última verba deverá ser apurada em liquidação de sentença.

A decisão, nesse capítulo, merece reparo para limitar o ressarcimento dos aluguéis pagos pelo autor, da data do início do contrato de aluguel, 26/05/2010 (fl. 25), até o efetivo recebimento do valor pleiteado a título de dano material, qual seja R$ 11.324,50 para a reconstrução da casa, juntamente com o valor R$ 828,30, correspondente a parte dos móveis destruídos perfazendo o montante de R$ 12.152,80, visto que, da forma decidida pelo magistrado de origem, poderá ensejar enriquecimento indevido da parte autora, posto que não há como aferir o tempo a ser gasto na construção da nova casa substituta da que foi destruída, a critério do recorrido.

Isso posto, deve a demandada reparar os danos materiais suportados pela parte autora, no montante total de R$ 12.152,80, acrescido do ressarcimento dos aluguéis pagos até a data do efetivo cumprimento da decisão.

DO DANO MORAL

Examinando a questão do dano moral, não é difícil imaginar a angústia que sentiu o requerente ao ver sua residência parcialmente destruída.

A indenização a título de danos morais, entretanto, não tem por escopo apagar o abalo sofrido, mas objetiva, em verdade, suavizar o sofrimento experimentado.

Por outro lado, a efetividade do dano, em seu aspecto moral, é demonstrável pela simples prova da ocorrência do fato lesivo que trouxe desequilíbrio emocional, uma vez ser impossível se provar a intensidade da dor e da aflição, sentimentos intrínsecos à alma humana.

Assim, postas as premissas necessárias, passo a analisar o valor da indenização arbitrada a título de danos morais.

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

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

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

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

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

Em suma, o valor da indenização por danos morais tem que ser estipulado com razoabilidade, observadas as características do caso concreto. Assevera o Superior Tribunal de Justiça que o *quantum* deve ser condizente com a gravidade da situação, por prudente arbítrio do juiz, conforme atesta a seguinte ementa:

> DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO CAMBIAL **DANO MORAL.** PREJUÍZO. REPARAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. HONRA OBJETIVA. DOUTRINA. PRECEDENTES DO TRIBUNAL. **CRITÉRIOS NA FIXAÇÃO DO DANO. PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUIZ.** RECURSO DESACOLHIDO.
> I - O protesto indevido de título cambial acarreta a responsabilidade de indenizar razoavelmente o dano moral correspondente, que prescinde da prova de prejuízo.
> II - A evolução do pensamento jurídico, no qual convergiram jurisprudência e doutrina, veio a afirmar, inclusive nesta Corte, onde o entendimento tem sido unânime, que a pessoa jurídica pode ser vítima também de danos morais, considerados esses como violadores da sua honra objetiva.
> **III - A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda,**

> **ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e as peculiaridades de cada caso.**
> (REsp 171084/MA, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/1998, DJ 05/10/1998, p. 102)

Nessa perspectiva, entendo que o juízo singular bem decidiu a questão, estabelecendo a indenização por danos morais em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), considerando ser esse montante compatível com a situação vexatória experimentada pela vítima, ora apelada e a capacidade econômica da apelante, de tal sorte que a quantia foi fixada de forma razoável, observado o seu caráter pedagógico, devendo, portanto, ser mantida.

Ante o exposto, **conheço** do recurso de Apelação para **dar-lhe parcial provimento**, limitando o ressarcimento dos aluguéis pagos pelo autor, da data do início do contrato de aluguel, 26/05/2010, até o efetivo recebimento do *quantum* indenizatório a título de dano material para a reconstrução da casa avariada no montante de R$ 12.152,80 (doze mil, cento e cinquenta e dois reais e oitenta centavos), mantenho a sentença nos demais termos.

É como voto.

Fortaleza, 02 de dezembro de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1758-72.2000.8.06.0098/0
APELANTE: ANTÔNIO DO NASCIMENTO COELHO
APELADOS: JOSÉ EDIMILSON DOS SANTOS E OUTROS
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO SINDICAL. ELEIÇÕES SINDICAIS. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SETENÇA PROFERIDA ANTERIORMENTE À E.C. 45/2004. PRECEDENTES. IMPUGNAÇÃO À CONTAGEM DE URNA. NÚMERO DE VOTANTES INFERIOR AO NÚMERO DE CÉDULAS. VÍCIO CONSTATADO POR MEIO DE PERÍCIA JUDICIAL. VIOLAÇÃO AO REGIMENTO INTERNO DO SINDICATO. VÍCIO QUE COMPROMETE A LISURA DA URNA, IMPLICANDO A NULIDADE DOS VOTOS NELA EXISTENTES. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O cerne da controvérsia em apreço consiste em analisar a existência de vícios que porventura tenham comprometido a lisura do processo eleitoral para a escolha do corpo diretor do Sindicato dos Trabalhadores Rurais do Município de Irauçuba.

2. Não obstante a Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, tenha atribuído à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações sobre representação sindical, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores, consolidou-se o entendimento jurisprudencial de que a nova competência somente alcança os processos em curso ainda não sentenciados na data da entrada em vigor da EC 45/04. PRECEDENTES.

3. Dessarte, como a sentença objurgada foi proferida antes da E.C. 45/2004, subsiste a competência da Justiça Estadual para conhecimento da vertente ação.

4. No caso dos autos, verifica-se que a perícia, realizada em audiência e reduzida a termo, verificou a existência de 105 (cento e cinco) votos – valor acima do número de votantes: 100 (cem), consoante a ata de encerramento.

5. O Regimento Interno do referido sindicato, em seu art. 22, § 2º, "c", dispõe acerca da apuração de votos em cada urna, preconizando que, se o número de cédulas for superior ao de eleitores constantes, a votação da urna será anulada.
6. Por conseguinte, como bem ponderou o nobre Representante do *Parquet* em 1º grau, "houve violação da legítima vontade dos eleitores vinculados à urna nº 8 das eleições para o Sindicato.".
7. Por fim, não prospera a tese defendida pela parte insurgente de que não houvera impugnação tempestiva, já que houve recurso da chapa vencida no momento da contagem dos votos, sendo este devidamente consignado em ata, e posteriormente rejeitado pela Comissão Eleitoral.
8. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer o Recurso de Apelação Cível, a fim de negar-lhe provimento.

RELATÓRIO

Cuidam-se os presentes autos de Apelação Cível, registrada sob o n. 1758-72.2000.8.06.0098/0, interposta por ANTÔNIO DO NASCIMENTO COELHO, em desfavor de JOSÉ EDIMILSON DOS SANTOS, FRANCISCO EDVAR ÁVILA RODRIGUES, ERNANES MOTA DE SOUSA, FRANCISCO DAS CHAGAS GOMES E JÚLIO CÉSAR VASCONCELOS DE SOUSA, objetivando a reforma do julgado prolatado pelo juízo da Vara Única da Comarca de Irauçuba.

Inicialmente, o promovente propôs Ação Ordinária Inominada, por meio da qual objetivava a anulação dos votos apurados na urna de nº 08, durante as eleições para a presidência do Sindicato dos Trabalhadores Rurais do Município de Irauçuba, sob a alegação de diversas nulidades.

O pleito autoral foi acolhido, consoante sentença de fls. 113/117, a qual, com fundamento no art. 22, §2º, do Regimento Interno do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Irauçuba, anulou a votação da urna de nº 08, já que o número de cédulas foi superior ao número de votantes.

Às fls. 122/124 Embargos de Declaração, os quais foram rejeitados pela sentença de fl. 153.

Recurso de Apelação de fls. 158/170, por meio do qual assevera os recorrentes: a) a ausência de provas nos autos que atestem a existência de vícios que comprometam a lisura do processo de eleição; b) mero intuito oportunista e eleitoreiro da parte autora, já que não impugnou tempestivamente a apuração das urnas; c) a perícia judicial não constatou qualquer fraude no certame; d) o mero erro no preenchimento da ata de encerramento de votação não configura vício apto a ensejar a nulidade de todos os votos registrados na urna de nº 08; e) a diferença de votos entre o número de cédulas e o número de votantes não tem o condão em anular toda uma urna; f) malferimento, pela sentença "a quo", do princípio da lealdade processual e do princípio democrático.

Contrarrazões às fls. 179/182, nas quais pugnam os apelados pela manutenção da sentença acicatada, uma vez esta estar em consonância com os elementos acostados aos autos.

Às fls. 106/108, dos autos da Ação Cautelar em apenso (a qual já transitou em julgado), o Representante do Ministério Público Estadual deixou de oferecer parecer de mérito, em razão da ausência de interesse público primário na lide.

É o relatório.

Ao Revisor.

VOTO

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

O cerne da controvérsia em apreço consiste em analisar a existência de vícios que porventura tenham comprometido a lisura do processo eleitoral para a escolha do corpo diretor do Sindicato dos Trabalhadores Rurais do Município de Irauçuba.

Preliminarmente, conquanto não se tenha suscitado, é importante consignar a competência deste órgão julgador para apreciação e julgamento da vertente lide.

Com efeito, não obstante a Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, tenha atribuído à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações sobre representação sindical, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores, consolidou-se o entendimento jurisprudencial de que a nova competência somente alcança os processos em curso ainda não sentenciados na data da entrada em vigor da EC 45/04.

Neste sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SINDICATO. ELEIÇÕES. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE PROCESSO ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. ART. 114, INCISO III, DA CF. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA EC N. 45/2004. APLICAÇÃO IMEDIATA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.
> **1. As disposições do art. 114 da Carta vigente, introduzidas com a promulgação da EC n. 45/2004, têm aplicação imediata e atingem os processos em curso, ressalvando-se aqueles que tenham sido objeto de sentença de mérito validamente proferida em data anterior à nova ordem constitucional.** 2. O deslinde de questão litigiosa que, conquanto possa se inserir em moldura de natureza civil, encerra, no contexto mais amplo, direito sindical, deve se desenvolver no âmbito da Justiça do Trabalho, visto que, diante da ampliação de suas atribuições conferida pela EC n. 45/2004, compete-lhe apreciar matérias relacionadas a interesses de sindicato e associados que refletem, mesmo indiretamente, a própria representação sindical (art. 114, III, da CF). 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Santos (SP), o suscitante.
> (CC 53.126/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/09/2006, DJ 23/10/2006, p. 237)
>
> APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. IMPUGNAÇÃO A PROCESSO ELEITORAL SINDICAL. ALEGAÇÃO DE IMPROBIDADE DE PRESIDENTE SINDICAL E ILEGALIDADE NA UNIFICAÇÃO SINDICAL. EC 45/2004. **COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA PROCESSAR E JULGAR LIDES QUE ENVOLVAM REPRESENTAÇÃO SINDICAL. SENTENÇA EXARADA APÓS A PUBLICAÇÃO DA EC 45/2004. INCOMPETÊNCIA RECONHECIDA. REMESSA DOS AUTOS AO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 7ª REGIÃO.** RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
> (TJCE - Apelação cível 8378624200580600011 – Relator(a): FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES - Órgão julgador: 2ª Câmara Cível - Data de registro: 24/08/2011**)**
> (sem grifos nos originais)

Dessarte, como a sentença objurgada foi proferida em 26 de outubro de 2004 – antes, portanto, da E.C. 45/2004 –, subsiste a competência da Justiça Estadual para conhecimento da vertente ação.

Adentrando-se ao mérito, visualiza-se, como já salientado alhures, que o objetivo da insurgência é comprovar a lisura do processo eleitoral que resultou na escolha da chapa que era representada pelos apelados para a direção do Sindicato dos Trabalhadores Rurais do Município de Irauçuba.

Acerca da importância da liberdade sindical, leciona Alice Monteiro de Barros:

> "A liberdade sindical constitui o alicerce "sobre o qual se constrói o edifício das relações coletivas de trabalho com características próprias"; ela se "sobrepõe ao indivíduo isolado e implica restrições à liberdade individual, quando submete esse homem isolado à deliberação do homem-massa que é a assembleia".
> (CURSO DE DIREITO DO TRABALHO, 3ª ed., São Paulo: Ltr, 2007, pág. 1201).

Dentre um dos principais prismas da liberdade sindical, encontra-se a autodeterminação, consistente na vedação de interferência do Estado nas eleições e deliberações a serem tomadas pelo sindicato, exceto nos casos de ilegalidade, quando então se torna possível o controle pelo Poder Judiciário.

Neste sentido:

> No entanto, pode-se entender que a mencionada vedação de interferência e intervenção dirige-se ao Poder Executivo, mas não ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário (quanto às suas atividades típicas, de legislar e julgar), pois os entes sindicais, assim como todos aqueles que mantêm relações na sociedade, estão sob o império da lei (art. 5º, inciso II, da CF/1988), bem como estão sujeitos ao controle jurisdicional de seus atos (art. 5, inciso XXXV, da CF/1988).
> (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. MANUAL DE DIREITO DO TRABALHO. São Paulo: Método, 2009).

Por conseguinte, plenamente possível a fiscalização da regularidade do pleito eleitoral sindical por este Órgão Judicante.

No caso dos autos, verifica-se que a perícia de fl. 98, realizada em audiência e reduzida a termo, verificou a existência de 105 (cento e cinco) votos – valor acima do número de votantes: 100 (cem), consoante a ata de encerramento à fl. 19 dos autos da Ação Cautelar em apenso.

O Regimento Interno do referido sindicato (fls. 24/30-verso), dispõe acerca da apuração de votos em cada urna, preconizando que:

> Art. 22 – Aberta a urna, o(a) presidente verificará se o número de cédulas constantes corresponde ao de votantes.
> §1º – Se o número de cédulas for igual ou inferior ao de votantes, será feita a apuração dos votos;
> **§2º – Se o número de cédulas for superior ao de votantes, o(a) presidente tomará as seguintes providências:**
> **a) conferirá as rubricas dos membros da mesa coletora nas cédulas únicas, anulando os votos das não rubricadas ou com rubricas diferentes, se desaparecendo a diferença, será feita a apuração dos votos constantes das cédulas devidamente rubricadas;**
> **b) persistindo a diferença, o(a) procederá a recontagem do número de eleitores constantes da folha de votação e, caso seja constatado engano**

> **da contagem procedida pela mesa coletora, será feita a apuração;**
> **c) depois de tomar as providências previstas nos incisos "a" e "b" deste parágrafo, se o número de cédulas continuar superior ao de eleitores constantes, a votação da urna será anulada."** (sem grifos no original)

Não há relatos nos autos de que a mesa apuradora procedeu às diligências dos itens "a" e "b"; o que se visualiza, em verdade, é a inércia desta em adotar as medidas pertinentes, de acordo com o Regimento Interno, não obstante a interposição de impugnação neste sentido, no ato de contagem (consoante ata de apuração de fls. 19/19-verso).

Por conseguinte, como bem ponderou o nobre Representante do *Parquet* em 1º grau, às fls. 108/11, "houve violação da legítima vontade dos eleitores vinculados à urna nº 8 das eleições para o Sindicato.".

Em casos análogos, os Tribunais pátrios já decidiram:

> **ELEIÇÃO SINDICAL NULIDADE - INOBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES REGIMENTAIS. Constatado que o processo de eleição da diretoria do Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Federado no Estado do Ceará SINTSEF/CE, para o triênio 2008/2011, não observou, integralmente, as normas que regulamentaram o pleito, ou mesmo as disposições estatutárias pertinentes, já que criada e instalada determinada urna sem atendimento da forma legal ou a aprovação de todas as chapas concorrentes, tendo sido verificados, ainda, vícios relativos aos próprios eleitores e às cédulas ali depositadas, de se manter a decisão de primeiro grau, que concluiu pela nulidade do resultado.**
> (TRT-7 20080080700 CE 2008-008-07-00, Relator: PAULO RÉGIS MACHADO BOTELHO, Data de Julgamento: 01/02/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: 03/03/2010 DEJT)
>
> ELEIÇÃO SINDICAL. NULIDADE. FRAUDE CONSTATADA NO PROCESSO ELEITORAL. **Existindo provas contundentes que o processo eleitoral foi eivado de fatos graves, não sendo marcado pela legalidade e paridade de armas, correta a decisão que o declarou nulo para todos os efeitos.**
> (TRT-5 - RECORD: 3716520105050222 BA 0000371-65.2010.5.05.0222, 2ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 15/12/2010)

Por fim, não prospera a tese defendida pela parte insurgente de que não houvera impugnação tempestiva. Deveras, consoante se observa da ata de apuração às fls. 19/19-verso, 50% (cinquenta por cento) da comissão eleitoral não aceitou o resultado do pleito, justamente em razão dos vícios que inquinavam a urna de nº 08. Frise-se, ademais, que o recurso formulado na ata de apuração foi rejeitado (ata de fl. 23).

Por todo o exposto, verifica-se que a sentença vergastada não carece de reproche, já que restaram plenamente comprovadas as irregularidades que viciaram a apuração da urna de nº 08, durante as eleições para a direção do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Irauçuba.

ISSO POSTO, conheço a apelação, porquanto satisfeitas as exigências legais, todavia para lhe negar provimento.

É como voto.

Fortaleza, 16 de setembro 2013.

PROCESSO Nº. 0001874-66.2007.8.06.0055 – APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO.
REMETENTE: EXMO. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE CANINDÉ.
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ.
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ.
RELATOR: DES. CARLOS ALBERTO MENDES FORTE.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERDIÇÃO DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL DA COMARCA DE CANINDÉ. TRANSFERÊNCIA DE PRESOS. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. CONSTRUÇÃO DE NOVO PRESÍDIO. LIBERAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS. ÓBICE DA LEI 9.494/97. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INADMISSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O tema em debate gira em torno da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Ceará em que foi determinada a interdição da Cadeia Pública da Comarca de Canindé.

2. O Estado do Ceará evoca como tese a incongruência do julgado *a quo* ao proferir decisão *ultra petita*.

3. A decisão prolatada assoberbou os limites em que foi proposta a presente *actio*, com a concessão *ex officio* relativa ao manejamento de presos, pleito não vindicado pelo Ministério Público estadual.

4. A outra hipótese apresentada pelo recorrente discorre ter havido concessão irregular da tutela antecipada, procedida pelo Juízo *a quo*. O Magistrado de piso determinou a liberação dos recursos públicos para o levantamento do estabelecimento prisional, com a apresentação de plano executivo, acarretando grave ônus aos cofres públicos. *In casu*, deve ser estabelecida a imperiosa previsão orçamentária para a construção da carceragem, incidindo o óbice do art. 2-B, da Lei 9.494/97.

5. O argumento final apresentado pelo Estado do Ceará trata da impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário na administração orçamentária do Poder Executivo. Tal

> afirmativa encontra consonância com os delineamentos do caso em tablado, pois não cabe ao Poder Judiciário interferir na Administração Pública.
> 8. "Não parece razoável, ante tal quadro fático, que o Judiciário exija do Executivo o direcionamento das verbas para atender de forma privilegiada, ou específica, uma comunidade. 'Como muito bem lembrou o recorrente, a forma pela qual o Estado deve garantir o direito à segurança pública está condicionada a políticas sociais e econômicas, o que permite a conclusão de que qualquer atuação nesse sentido deve ser realizada de forma global e atender aos planos orçamentários traçados nos arts. 165 a 167 da Constituição Federal." (RE 365299, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CARLOS VELLOSO, julgado em 16/11/2005, publicado em DJ 09/12/2005 PP-00086).
> 9. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação cível nº. 0001874-66.2007.8.06.0055, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso, para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de reexame obrigatório e apelação cível interpostos pelo Estado do Ceará em contrariedade à sentença proferida pelo Exmo. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Canindé, o qual julgou procedente a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Ceará, ora recorrido, visando a recuperação ou a interdição da Cadeia Pública da Comarca de Canindé.

Em suas razões recursais, o Estado do Ceará discorre que a sentença foi erroneamente elaborada, pois o *Parquet* Estadual requereu providências para recuperação da Cadeia Pública do Município de Canindé ou a construção de uma nova Cadeia Pública para a municipalidade, tratando-se, *in casu*, de pedido alternativo. Porém, a sentença vergastada gerou verdadeira decisão *ultra petita*, pois concedeu pleito além do que fora realmente requerido pelo Ministério Público.

Assevera que o disposto na Lei nº. 9.494/97 obsta a concessão de tutela antecipada que implique na liberação de recursos antes do trânsito em julgado da sentença.

Aponta a impossibilidade do Poder Judiciário intervir na administração orçamentária do Poder Executivo, sob pena de ofender a ordem pública e administrativa. Discorre que os custos para instalação de novo presídio são de 2.390.662,99 (dois milhões, trezentos e noventa mil, seiscentos e sessenta e dois reais e noventa e nove centavos), o que demandaria sério gravame orçamentário em outros investimentos, devendo ser aplicado, *in casu*, a cláusula da reserva do possível.

Ao término, requer que seja reconhecida a nulidade da sentença vergastada, uma vez que concedida em decisão *ultra petita*, e, acaso não seja acolhida tal tese, requesta que o presente recurso seja provido, proferindo-se nova decisão para reformar a sentença combatida.

Em contrarrazões, o órgão ministerial afirma que a tese de julgamento *ultra petita* não possui fundamento, pois a sentença foi devidamente fundamentada neste ponto. Quanto à impossibilidade de concessão da tutela antecipada tal proposição também é descabida, pois houve a livre apreciação jurisdicional da matéria, tendo sido inclusive afirmado pelo Estado do Ceará a subsistência financeira através de procedimento junto ao Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN para construção de novo presídio.

Relata que consta nos autos conteúdo probatório, o qual revela a busca por diversos meios para conclusão da reforma da Cadeia Pública, sendo citados o Estado do Ceará e a Secretaria de Justiça para tal mister, no entanto, os mesmos permaneceram silentes sobre o tema.

Pondera sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no mérito administrativo, determinando medidas de acordo com o poder geral de cautela. Em conclusão, pleiteia que o presente recurso seja improvido, mantendo-se a sentença adversada.

Instada a manifestar-se no feito, a douta Procuradoria Geral de Justiça ratifica as razões apresentadas pelo Promotor de Justiça da Comarca de Canindé.

É o relatório. Encaminhem-se os autos ao douto revisor.

VOTO

Tratam-se de recursos de reexame obrigatório e apelação cível interposta pelo Estado do Ceará em face da sentença proferida pelo Exmo. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Canindé, o qual julgou procedente a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Ceará, ora recorrido, em que foi determinada a interdição da Cadeia Pública da Comarca de Canindé.

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

Para melhor análise da matéria, deve-se perscrutar o conjunto probatório anexado na instrução processual, em um breve escorço dos fatos precedentes ocorridos ao julgamento da presente lide. Visualiza-se que o *Parquet* instaurou anteriormente procedimento administrativo nº. 29/06 visando averiguar as reais condições das estruturas físicas da carceragem da Comarca de Canindé.

Dentre os documentos apresentados observa-se que a situação do presídio local de acordo com ato expedido pelo Exmo. Juiz de Direito titular da 1ª Vara da Comarca de Canindé. No teor do dispositivo regulamentar, o Magistrado aponta a insegurança e o excesso de presos mantidos no estabelecimento prisional e, na oportunidade, noticia aos órgãos responsáveis com o objetivo de sensibilizar as autoridades competentes para efetivar as devidas modificações no sistema carcerário daquela localidade. Transcreve-se a referida Portaria em seu inteiro teor:

> Portaria nº. 08/2005.
>
> Ementa: Modifica o dia de visitação aos internos e limita a quantidade de vagas por cela na Cadeia Pública da comarca de Canindé.
> O Bel. Antônio Josimar Almeida Alves, Juiz de Direito Titular da 1ª vara da Comarca de Canindé, no uso de suas atribuições legais, etc.
>
> Considerando que a maioria dos dispositivos da Lei de Execução Penal revela-se totalmente incoerente com a realidade da cadeia Pública local, estabelecimento prisional que apresenta ambiente deletério, fonte primeira de insegurança e, sobretudo, escola de reincidentes, dada a carência de tudo: recursos materiais, físicos, humanos, higiênicos e, principalmente, **ESPERANÇA**;
>
> Considerando que a atual situação da Cadeia pública local fere sistematicamente o disposto no art. 1º da Constituição Federal, que consagra, entre seus fundamentos, o da dignidade da pessoa humana;
>
> Considerando o excesso de presos nas celas da Cadeia Pública, fato que compromete a segurança do estabelecimento e a integridade física dos agentes penitenciários plantonistas;
>
> Considerando a precariedade da estrutura física das celas da Cadeia Pública, inclusive atestado em laudo técnico, circunstância que pode se agravar com o aumento da quantidade de internos em cada cela;
>
> Considerando que os agentes penitenciários trabalham em sistema de plantões, que a cada semana é uma única pessoa não tem condições de exercer sozinho todas as múltiplas atividades inerentes a um estabelecimento prisional principalmente quando há excesso de presos;
>
> Considerando que a lei de Execução Penal determina que a unidade celular (cela) tenha uma área mínima de 6 m² (seis metros quadrados);

> Considerando as dificuldades enfrentadas por alguns parentes dos internos para se deslocarem até a Cadeia Pública aos domingos, principalmente pessoas que residem na Zona Rural, em razão da ausência de linha regular de transporte;
>
> RESOLVE:
>
> Art. 1º – A visitação na Cadeia Pública se dará uma vez por semana, exclusivamente aos sábados, no horário de 9 às 15 horas.
> Art. 2º – Limite da quantidade de internos em cada cela da Cadeia Pública, não podendo ultrapassar em cada unidade celular a quantidade de 15 (quinze presos).
> §1º – Somente será admitida a entrada de presos, quando houver vagas disponíveis, respeitado o limite estabelecido nesta portaria.
> §2º – A administração da Cadeia Pública remeterá mensalmente ao juízo de execução criminal a relação de internos existentes em cada cela.
> Art. 3º – Esta Portaria entra em vigor na data da sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.
> Art. 4º – Os casos omissos não previstos nesta Portaria e eventuais disparidades serão apreciados e decididos pelo juiz de Direito responsável pela execução criminal.
> Art. 5º – Encaminhem-se cópias ao Juízo da 2ª vara, administração da Cadeia Pública, Delegado regional de polícia Civil, promotorias Públicas, Corregedoria geral de Justiça e Secretaria de Justiça do estado do Ceará, afixando-se cópia em local visível da Cadeia Pública.
> Publique-se. Registre-se. Cumpra-se.
> Canindé, 21 de setembro de 2005. (fls. 33/35).

Em relatório apresentado pela Prefeitura do Município de Canindé, em 14 de setembro de 2005, fls. 58/60, conclui que "a situação que se encontra a Cadeia Pública, não só no que se refere às instalações físicas, hidráulicas, falta de higiene e, sobretudo a superlotação, é sugestivo de interdição".

Em resposta aos requerimentos do *Parquet*, a Secretaria de Justiça e Cidadania, através do Ofício GAB/SEJUS nº. 264/2006, fl. 92 dos autos, informa que seria necessária a doação de imóvel para construção de uma nova Cadeia Pública.

Ao considerar os argumentos recursais do apelante, repara-se que o Estado do Ceará evoca como tese a incongruência do julgado *a quo* ao proferir decisão *ultra petita*. Tal proposição deve ser acolhida pois, no presente caso, o magistrado de piso não agiu com acerto ao determinar a transferência de detentos no sistema prisional da localidade. A decisão prolatada assoberbou os limites em que foi proposta a presente *actio*, com a concessão *ex officio* relativa ao manejamento de presos, pleito não vindicado pelo Ministério Público estadual.

A outra hipótese apresentada pelo recorrente discorre ter havido concessão irregular da tutela antecipada, procedida pelo Juízo *a quo*. O próprio dispositivo legal aponta que quando houver liberação de recursos, os mesmos somente poderá

ser executados após seu trânsito em julgado. Ora, o Magistrado de piso determinou a liberação dos recursos públicos para o levantamento do estabelecimento prisional, com a apresentação de plano executivo, acarretando grave ônus aos cofres públicos. *In casu*, deve ser estabelecida a imperiosa previsão orçamentária para a construção da carceragem, incidindo o óbice do art. 2-B, da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997.

Por fim, o argumento final apresentado pelo Estado do Ceará trata da impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário na administração orçamentária do Poder Executivo. Tal afirmativa encontra consonância com os delineamentos do caso em tablado, pois não cabe ao Poder Judiciário interferir na Administração Pública. Ademais, anote-se que a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, através do processo nº. 0075501-98.2012.8.06.0000, suspendeu, de forma escorreita, os efeitos da sentença prolatada nos autos da presente ação, tendo em vista a lesão à ordem e segurança públicas. Vide-se elucidativo trecho da decisão acima aludida:

> Com efeito, verifico ser o caso de indevida interferência do Judiciário na esfera de atribuições do Poder Executivo relativa a políticas públicas, a descortinar, dessa forma, a ameaça de grave prejuízo à ordem pública, pois ao Estado compete formular a maneira como garantirá a segurança pública. Esse raciocínio encontra respaldo na decisão prolatada no recurso Extraordinário nº. 365299/SC pela pena do Ministro Carlos Velloso do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:
>
> "A tese posta no RE é esta: na forma do art. 144, *caput*, da CF, o Tribunal deveria determinar ao Executivo local a realização de obras em cadeia pública que se encontra em mau estado de conservação. Acontece que a questão exige previsão no que toca a recursos orçamentários e financeiros, inscrita nas atribuições do Poder Executivo. De outro lado, bem registra o Procurador Luiz César Medeiros, cujo parecer foi adotado no acórdão recorrido: (...) 'Constitucionalmente, quem detém o poder de priorizar a aplicação das verbas públicas é o Executivo, dentro dos parâmetros orçamentários adredemente aprovados pelo Legislativo.' Convenhamos, a par da segurança pública, tem o Estado, por igual, responsabilidade pela educação, pela saúde, pelos transportes públicos e por tantos outros itens indispensáveis à sociedade. Cabe ao Administrador Público, dentro das prerrogativas que a Constituição lhe destina, distribuir os recursos orçamentários para suprir tais necessidades. 'Não tenho a menor dúvida que se dependesse da ação do Ministério Público e da receptividade do Judiciário, resolveríamos de pronto a situação caótica dos presídios, problema não só de Canoinhas, mas do Estado de Santa Catarina e de todo o País. Na mesma linha, poderíamos responsabilizar os mandatários pela falta de leitos hospitalares, fator responsável por milhões de mortes nas classes menos favorecidas. Também acabariam as filas de pessoas que mendigam uma consulta médica nos Postos de Saúde. De igual forma, através de determinação via provimento judicial, todas as crianças poderiam exercer em toda sua plenitude o sagrado direito à educação, com a edificação de salas de aula em número necessário para tal desiderato. 'A permanecer

> hígida a decisão em comento, qual seria a justificativa, no âmbito jurídico-social, para que a cadeia de Canoinhas fosse reformada com primazia, quando tantas outras, alguma em pior situação, por falta de verbas, aguardem por idêntica solução. O próprio Magistrado referiu que a cadeia pública de Itaiópolis, Comarca vizinha, aguarda, inclusive há mais tempo por reformas, encontrando-se também interditada. Não parece razoável, ante tal quadro fático, que o Judiciário exija do Executivo o direcionamento das verbas para atender de forma privilegiada, ou específica, uma comunidade. 'Como muito bem lembrou o recorrente, a forma pela qual o Estado deve garantir o direito à segurança pública está condicionada a políticas sociais e econômicas, o que permite a conclusão de que qualquer atuação nesse sentido deve ser realizada de forma global e atender aos planos orçamentários traçados nos arts. 165 a 167 da Constituição Federal. (...).' (Fls. 205-206) É inviável, está-se a ver, o RE, motivo por que lhe nego seguimento".
>
> (RE 365299, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CARLOS VELLOSO, julgado em 16/11/2005, publicado em DJ 09/12/2005 PP-00086).

Em consequência, a sentença vergastada deve ser reformada, com o escopo de julgar improcedente o pleito intentado pelo *Parquet*, pois a imposição de levantamento de um novo Presídio, com o remanejamento dos apenados para outras carceragens ou cadeia configura grave afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo obstado ao Poder Judiciário substituir os atos e decisões a serem praticados pela Administração Pública, sob pena de violação ao princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º).

Firme nas razões acima expendidas, CONHEÇO da apelação interposta, para DAR-LHE PROVIMENTO, para reformar a decisão combatida, de modo a julgar totalmente improcedente o pleito ajuizado pelo Ministério Público do Estado do Ceará.

É como voto.

Fortaleza, 13 de novembro de 2013.

PROCESSO Nº 0001904-74.2011.8.06.0000 – APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE:COELCE – COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ
APELADO:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: Des. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO. FALTA DE PAGAMENTO. UNIDADE CONSUMIDORA. CADEIA PÚBLICA E UNIDADE DE POLÍCIA DO MUNICÍPIO. ESSENCIALIDADE E IMPRESCINDIBILIDADE DO SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA COLETIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SENTENÇA CONFIRMADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível, em que figuram as partes acima indicadas, acorda a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do voto do relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta pela COELCE – COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ, impugnando sentença proferida pelo Juiz da Comarca de Poranga, nos autos da Ação Civil Pública nº 1904-74.2011.8.06.0148, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ, para julgar procedente o pedido inicial, "determinando que a Companhia Energética do Ceará se abstenha de interromper o fornecimento de energia elétrica ao prédio em que funciona o destacamento da polícia militar e a cadeia pública de Poranga, por motivo de inadimplência", e fixando "multa diária no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) em favor do Fundo Estadual de Direitos Difusos", em caso de descumprimento.

Ao propor a ação, o Ministério Público do Estado do Ceará aduz que foi comunicado oficialmente pela autoridade policial local que a Coelce suspendera

o fornecimento de energia ao imóvel onde funcionam a unidade policial e a cadeia pública do Município de Poranga, em razão da falta de pagamento da fatura de consumo mensal, que é de responsabilidade da Prefeitura Municipal. Relata que, no concernente "à interrupção do serviço em face de inadimplemento do usuário, a exigência legal de que seja 'considerado o interesse da coletividade' tem sido interpretada, de modo geral, como uma vedação a que a concessionária suspenda a prestação do serviço público quando isso possa inviabilizar o funcionamento de estabelecimentos de interesse da coletividade, tais como escolas, hospitais, repartições públicas, delegacias", casos em que, "se o estabelecimento público se tornar inadimplente, a concessionária deverá cobrar a dívida utilizando os meios ordinários de cobrança, manejando a ação cabível perante o Poder Judiciário".

Ao contestar a ação, a apelante relata que a suspensão do fornecimento de energia elétrica foi "realizada de forma legal, haja vista que a consumidora de fato encontrava-se inadimplente", relativamente "à fatura no valor de R$ 11.220,29 (onze mil, duzentos e vinte reais e vinte e nove centavos), referente ao consumo do mês de Setembro/2011, com vencimento no dia 20/10/2011". Afirma que a Lei nº 8987/95 autoriza "o corte no fornecimento de energia elétrica havendo inadimplência por parte do consumidor, não se caracterizando como descontinuidade do serviço", desde que efetuada, no caso de consumidor que preste serviço público, comunicação com antecedência de quinze dias, na forma do art. 17, da Lei nº 8.427/96.

O pedido inicial foi julgado procedente na instância de origem, sob o fundamento de ser "inconcebível que, por negligência do gestor municipal, responsável pelo pagamento da tarifa atinente ao imóvel em discussão, seja desligada a energia elétrica da cadeia pública e do destacamento de polícia militar", vez que o "risco de fugas e rebeliões recrudesceria, o que não pode ser aceito". A sentença fez ainda consignar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está pacificada no sentido de que "a suspensão do fornecimento de serviço público, como a energia elétrica, seria possível, mesmo em face do ente público, desde que não afetasse interesses essenciais, como a educação, a saúde ou a segurança pública".

A Companhia Energética do Ceará apelou da sentença.

Nas razões do apelo, a recorrente aduz que a cobrança do serviço de energia elétrica prestado à unidade policial e à cadeia pública do Município de Poranga ocorre através de fatura única, referente a "61 unidades consumidoras da administração pública municipal", que "é possível a suspensão do fornecimento de energia elétrica em casos de inadimplência do Município, ainda que preste serviço público essencial" e que "comunicou o Município de forma expressa através de carta, a existência de débito do AGRUPAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO (441 002), que originou a suspensão de energia elétrica tendo estabelecido um prazo de 15 (quinze) para que o Município

providenciasse o pagamento do débito". Postula, ao final, a reforma de sentença recorrida e a improcedência do pedido inicial.

Houve resposta ao recurso.

Sob o fundamento "da desnecessidade de intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, nas ações civis públicas em que a própria instituição seja a autora", absteve-se "o órgão ministerial de 2º grau de manifestar-se formalmente sobre o objeto do recurso".

É, no essencial, o que havia a relatar.

Revistos e incluído em pauta para julgamento.

VOTO

Consoante relatado, insurge-se a apelante contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público, na Ação Civil Pública nº 1904-74.2011.8.06.0148, para condená-la na obrigação de não fazer, consistente em abster-se de "interromper o fornecimento de energia elétrica ao prédio em que funciona o destacamento da polícia militar e a cadeia pública de Poranga, por motivo de inadimplência".

O fundamento da presente insurgência recursal consiste na existência de autorização legal para a interrupção do serviço de energia elétrica, na hipótese de falta de pagamento da fatura de consumo, desde que observado, no caso de "consumidor que preste serviço público ou essencial à população", a obrigatoriedade de comunicação "com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual", nos termos do art. 17, da Lei nº 9.427/96.

O serviço de energia elétrica é prestado ao Município de Poranga pela apelante, sob o regime jurídico de concessão, de que trata o art. 175, da Constituição Federal:

> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A Lei Federal nº 9.427/96, que dispõe especificamente sobre o regime jurídico das concessões do serviço público de energia elétrica, estabelece a obrigatoriedade da comunicação da suspensão do fornecimento de energia elétrica, por falta de pagamento, ao consumidor que preste serviço público ou essencial à população, com antecedência de quinze dias, *verbis:*

> Art. 17. A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual.

Ao condicionar a suspensão da prestação do serviço de energia elétrica, em caso de falta de pagamento, à previa comunicação ao consumidor inadimplente, com antecedência de quinze dias, a lei em referência, em última instância, permitiu a suspensão do serviço em tal hipótese, desde que observada a formalidade nela prevista.

É certo, porém, que a Lei nº 8.987/95, sobre o regime jurídico geral das concessões e permissões dos serviços públicos, após definir a continuidade como atributo de um serviço público adequado, prevê a possibilidade de interrupção do serviço público, mediante aviso prévio, em caso de inadimplemento do consumidor, observado o interesse da coletividade, *verbis:*

> Art. 6º
>
> **§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção** em situação de emergência ou **após prévio aviso**, quando:
>
> I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
> II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

In casu, a suspensão do serviço de energia elétrica refere-se à unidade de polícia e à cadeia pública do Município de Poranga.

Entendo que a suspensão do fornecimento de energia elétrica à cadeia pública municipal, por ato voluntário da concessionária, com fundamento na falta de pagamento da fatura de consumo mensal, como ocorre no caso dos autos, por causar insegurança grave e generalizada a todos os munícipes, traduz hipótese evidente de preterição e submissão do interesse de toda a população local ao interesse exclusivamente patrimonial da concessionária.

A relevância e a essencialidade do bem jurídico segurança pública, enquanto dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, nos termos do art. 144, da Constituição Federal, e o fato a ordem jurídica disponibilizar meios para a concessionária obter a satisfação de seu crédito, demonstram que a sentença recorrida aplicou com acerto e correção o direito ao caso concreto, ao julgar procedente o pedido inicial.

Ressalte-se, a propósito do tema, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está pacificada na orientação segundo a qual a concessionária não pode suspender o fornecimento de energia elétrica, por falta de pagamento, na hipótese de evidente prejuízo ao interesse da coletividade, *verbis:*

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. **ENERGIA ELÉTRICA. UNIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS. FORNECIMENTO DE ÁGUA. INADIMPLÊNCIA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIA**L.

1. A suspensão do serviço de energia elétrica, por empresa concessionária, em razão de inadimplemento de unidades públicas essenciais - hospitais; pronto-socorros; escolas; creches; fontes de abastecimento d'água e iluminação pública; **e serviços de segurança pública -, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, despreza o interesse da coletividade.** Precedentes: EREsp 845.982/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 03/08/2009; EREsp 721.119/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2007, DJ 10/09/2007.

2. *In casu*, o v. acórdão hostilizado firmou orientação no sentido de ser inadmissível o corte no fornecimento de energia da concessionária pública inadimplente, haja vista ser responsável pelo abastecimento de água de três municípios, o que poderia inviabilizar aquele serviço essencial à população.

3. Incidência da Súmula nº 168/STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado."

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.003.667, Rel Min Luiz Fux, Primeira Seção, Unânime,DJe 25/08/2010

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. **SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA.** MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PRECEDENTES. DÍVIDA CONTROVERTIDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ.

1. A Lei de Concessões condiciona a suspensão no fornecimento de energia elétrica ao "interesse da coletividade", que impossibilita o corte na iluminação pública e nas unidades públicas essenciais, quando, então, a concessionária deve fazer uso da ação de cobrança. Precedentes.

2. Observada a restrição legal, é lícita a interrupção do fornecimento de energia elétrica se, após prévio aviso, o consumidor permanecer inadimplente no pagamento da dívida incontroversa.

3. No entanto, no presente caso, o acórdão recorrido assentou que a suspensão não se legitima ante a controvérsia sobre o valor da dívida, discutida em sede administrativa, bem como do pagamento da quantia incontroversa.

4. A revisão das premissas fáticas utilizadas pelo Tribunal de origem encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental não provido.

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.270.130, Rel Min Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Unânime, DJe 19/08/2011.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 6º, § 3º, II, DA LEI 8.987/95, E 17, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.427/96. **FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. MUNICÍPIO. INTERRUPÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DAS UNIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS.** PRECEDENTES. PROVIMENTO.

1. É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o consumidor permanecer inadimplente (Lei 8.987/95, art. 6º, § 3º, II). A finalidade é resguardar a continuidade do serviço, a qual restaria ameaçada porque oneraria a sociedade como um todo, que teria de arcar com o prejuízo decorrente de todos os débitos.

2. Tratando-se de pessoa jurídica de direito público, prevalece nesta Corte a tese de que o corte de energia é possível (Lei 9.427/96, art. 17, parágrafo único), desde que não aconteça indiscriminadamente, preservando-se as unidades públicas essenciais, como hospitais, pronto-socorros, escolas e creches.

3. Na hipótese dos autos, a suspensão do fornecimento de energia atingirá tão-somente a via José Romero Gamboa, que liga Santo Antônio (2º Distrito) a Wernek (4º Distrito), em Paraíba do Sul/RJ – e não um bairro ou todo o município –, não se qualificando, portanto, como suspensão indiscriminada.

4. Recurso especial provido.

Recurso Especial nº 654.818, Rel Min Denise Arruda, Primeira Turma, Unânime, DJ 19/10/2006, p. 241.

ADMINISTRATIVO. **ENERGIA ELÉTRICA. MUNICÍPIO INADIMPLENTE. FORNECIMENTO. CORTE. ART. 6, § 3º, INCISO II, DA LEI Nº 8.987/95 E ART. 17 DA LEI Nº 9.427/96.**

1. É lícito ao concessionário de serviço público interromper, após aviso prévio, o fornecimento de energia elétrica de ente público que deixa de pagar as contas de consumo, desde que não aconteça de forma indiscriminada, preservando-se as unidades públicas essenciais.

2. A interrupção de fornecimento de energia elétrica de Município inadimplente somente é considerada ilegítima quando atinge as unidades públicas provedoras das necessidades inadiáveis da comunidade, entendidas essas – por analogia à Lei de Greve – como "aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população".

3. Não demonstrado que o corte de energia elétrica colocará em risco a sobrevivência, a saúde ou a segurança da coletividade local, o acórdão recorrido deve ser reformado.

4. Recurso especial provido.

Recurso Especial nº 726.627, Rel Min Castro Meira, Segunda Turma, Unânime, DJe 19/08/2008.

ADMINISTRATIVO. **ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. INTERESSE DA COLETIVIDADE. PRESERVAÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS.**

> 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, nos casos de inadimplência de pessoa jurídica de direito público, é inviável a interrupção indiscriminada do fornecimento de energia elétrica.
> **2. Não há que se proceder à suspensão da energia elétrica em locais como hospitais, escolas, mercados municipais, bem como em outras unidades públicas cuja paralisação seja inadmissível, porquanto existem outros meios jurídicos legais para buscar a tutela jurisdicional, como a ação de cobrança.**
> 3. *In casu*, o Tribunal *a quo* salientou que na Municipalidade, "dada a precariedade de suas instalações, em um único prédio, funcionam várias Secretarias e até mesmo escolas", a suspensão do fornecimento de energia iria de encontro ao interesse da coletividade.
> Agravo regimental improvido.
> Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.142.903, Rel Min Humberto Martins, Segunda Turma, Unânime, DJe 13/10/2010

Frise-se, ademais, que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao negar provimento ao Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.048, por unanimidade de votos, adotou como fundamento exatamente a prevalência da segurança dos cidadãos, *verbis:*

> SUSPENSÃO DE LIMINAR. ILUMINAÇÃO PÚBLICA. CORTE.
> A iluminação pública é indispensável à **segurança dos cidadãos**; **a inadimplência do Município quanto ao pagamento do respectivo serviço não justifica o corte do fornecimento da energia elétrica necessária para esse efeito.**
> Agravo regimental não pAgravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.048, Rel Min Ari Pargendler, Corte Especial, Unânime, DJe 05/11/2009.

Ante todo o exposto, conheço da apelação, para negar-lhe provimento, confirmando a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

PROCESSO Nº: 0022894-47.2008.8.06.0001
TIPO: REEXAME NECESSÁRIO
COMARCA: FORTALEZA
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 9ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE FORTALEZA
IMPETRANTE: MUNDIAL COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA
IMPETRADO:CORDENADOR DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. APREENSÃO DE MERCADORIAS PELO FISCO COM O OBJETIVO DE COMPELIR O CONTRIBUINTE AO PAGAMENTO DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. PRODUTOS DESACOMPANHADOS DE DOCUMENTO FISCAL IDÔNEO. ILEGALIDADE. SANÇÃO POLÍTICA. SÚMULA Nº 323 DO STF E ENUNCIADO Nº 31 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO TJ/CE.

I – A ordem jurídica não admite que o Poder Público utilize de sanções políticas com o desiderato de compelir o contribuinte ao pagamento de impostos, pelo que se afigura inválida a apreensão de mercadorias com tal fim, consoante já assentado pela Súmula 323 do STF.

II – A autoridade impetrada já havia expedido o auto de infração por desobediência à legislação tributária, consignando o valor do imposto e da multa aplicável, assim como o enquadramento legal, inexistindo motivação para a retenção noticiada na inicial do mandado de segurança.

III – Inteligência do verbete nº 31 da súmula de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Reexame necessário conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de reexame necessário nº 0022894-47.2008.8.06.0001, 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, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário suscitado pelo Juízo de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza para reavaliação da sentença de fls. 64/67 proferida em sede de mandado de segurança impetrado contra ato do Coordenador de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará que reteve mercadorias que se encontravam desacompanhadas de documento fiscal idôneo.

A impetrante alega que o motivo do mandado de segurança é a liberação das mercadorias constantes do Termo de Retenção ou Apreensão nº 065/2008 (fl. 32), relativo à nota fiscal nº 0901 (fl. 33) que, segundo afirmou a autoridade impetrada, estavam acompanhadas de documento fiscal inidôneo. Todavia, aduz que o ato constitui abuso de direito, nos termos da Súmula nº 323 do STF.

Medida liminar às fls. 39/41; informações às fls. 49/54.

Sentença concessiva da segurança determinando a liberação das mercadorias representadas na nota fiscal nº 0901 (fls. 64/67).

Suscitada a remessa obrigatória, foram os autos remetidos a esta Corte de Justiça.

Manifestação da d. PGJ pugnando pelo não conhecimento da remessa (fls. 91/97).

É o relatório.

Feito que independe de revisão (art. 551 do CPC). Solicito inclusão em pauta para julgamento.

Independendo de revisão (art. 551, *caput*, do CPC), inclua-se o presente feito em pauta de julgamento.

VOTO

A impetração direciona-se contra a retenção de mercadorias pela autoridade fiscal quando desacompanhadas de documento fiscal idôneo, constituindo meio coercitivo para o pagamento de impostos e obrigações tributárias acessórias.

Os tribunais pátrios entendem, pacificamente, que a coerção fiscal, neste caso, não é lícita, sendo cabível, contra o ato da autoridade pública, a garantia constitucional do mandado de segurança para estancar o ato ilegal e abusivo.

Tais atitudes são definidas como sanções políticas, cujo conceito é bem exposto pelo magistrado e professor Hugo de Brito Machado:

> 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* Aspectos Fundamentais do ICMS, São Paulo, Ed. Dialética, 1997, p. 232)

O excelso Supremo Tribunal Federal já sumulou a *quaestio juris* ao editar o verbete nº 323, transcrito *in verbis:*

> É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributos.

No mesmo sentido a Súmula nº 31 deste Tribunal de Justiça:

> 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.

O Poder Público tem os meios judiciais para executar seus créditos, inclusive desfrutando de prerrogativas processuais sem parâmetros nas lides judiciais entre particulares, não justificando a prática de tais expedientes.

Comentando a posição do STF sobre a matéria, leciona o jurista Roberto Rosas:

> O Tribunal Pleno decidiu que a Fazenda deve cobrar seus créditos através de execução fiscal, sem impedir direta ou indiretamente a atividade profissional do contribuinte. (*In* Direito Sumular, 2ª ed., São Paulo, RT, p. 295).

In casu, o agente fiscal já tinha lavrado o respectivo auto de infração e expedido o termo de retenção ou apreensão das mercadorias (fls. 33/34), cabendo-lhe, apenas, apurar o imposto e cominado a multa devida, inexistindo fundamento para se manter a retenção de tais bens.

Uma vez lavrado o competente auto de infração, ressalvando expressamente a exação tributária, o ato impetrado demonstra tão-somente o escopo de coagir a impetrante a recolher o tributo, sem a oportunidade de defesa no respectivo processo administrativo fiscal.

De se ressaltar que o Decreto Estadual nº 24.569/1997, especialmente no seu artigo 831 contempla a situação jurídica expressamente vedada pela Súmula nº 323 do STF, sendo, portanto, a prova inconteste da ilegalidade do ato praticado pela autoridade coatora.

Transcrevo jurisprudência deste tribunal*:*

> EMENTA: CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - INADIMPLÊNCIA DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE MERCADORIAS - INADMISSIBILIDADE - VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI Nº 6.830/80 (EXECUÇÃO FISCAL) - PREVALÊNCIA DA SÚMULA 323 DO STF.
> I - As prerrogativas conferidas aos entes da Administração Pública não podem exceder as hipóteses expressamente previstas no ordenamento jurídico, restritas às finalidades da atuação estatal.
> II - Impossibilidade de utilização pelo Estado de meios que visem ao pagamento coercitivo de tributos, tendo em vista a existência de procedimentos administrativos e judiciais próprios para a cobrança do crédito tributário, tais como a ação de execução fiscal regida pela Lei nº 6.830/80.
> III - A retenção de mercadorias pelo agente fazendário tem o nítido escopo de forçar o contribuinte ao pagamento do tributo devido, infringindo frontalmente o teor da Súmula 323 do STF.
> IV - Desejando o Fisco o adimplemento de obrigação tributária, deve se valer de processo administrativo, por meio do qual se inscreve o débito em dívida ativa, para posterior cobrança via processo de execução fiscal, nos moldes da Lei nº 6.830/80.
> V - Precedentes desta Corte e dos tribunais superiores.
> REMESSA OFICIAL CONHECIDA E DESPROVIDA.
> (Apelação Cível nº 2005.0026.5471-9/0, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes, julg. 16/12/2006)

Cito, ainda, os seguintes precedentes da Segunda Câmara Cível deste tribunal: apelação nº 2006.0006.6375-1/1 (Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, julgado em 02/07/2008) e apelação nº 2005.0026.1572-1/1 (Rel. Desª. Gizela Nunes de Costa, julgado em 04/06/2008), dentre outros.

É de se ressaltar que a atividade fiscal exercida pelos fiscais de tributos estaduais não está sendo tolhida pelo mandado de segurança, reforçando-se que a apuração do ICMS e da multa devidos é independente da retenção da mercadoria, cabendo à Fazenda Pública Estadual fazer valer o direito ao crédito tributário devidamente lançado e constituído por meio da ação executiva fiscal.

Isto posto, conheço da remessa obrigatória com amparo no art. 14, §1º, da Lei nº 12.016/2009, mas para negar-lhe provimento, confirmando a sentença com amparo nas Súmulas nº 323 do STF e 31 do TJCE.

É como voto.

Fortaleza, 23 de outubro de 2013.

PROCESSO Nº 0000296-76.2009.8.06.0062/1
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE CASCAVEL
APELANTE: RÔMULO SÉRGIO BESSA
APELADO: MARIA PAULA DE CASTRO BESSA
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: AÇÃO DE USUCAPIÃO. HERDEIRA. POSSIBILIDADE. PROVA DE ÂNIMO DE DONA. PRAZO LEGAL OBSERVADO. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A jurisprudência é pacífica no sentido de que o condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, e tenha sido exercida a posse exclusiva, com efetivo *animus domini*, pelo prazo determinado em lei, e sem oposição. Isso porque, muito embora a comunhão continue a existir de direito, ela deixou de existir de fato

2. Nessa senda, competia ao apelante comprovar a existência de posse em condomínio dos herdeiros sobre o imóvel em disputa (art. 333, inciso II do CPC). Contudo, desse mister não se desincumbiu. O que se vê nos autos é exatamente o contrário: o fato de que por mais de trinta anos a apelada possui o bem litigioso com ânimo de dona, retirando dele, licitamente, frutos civis que complementam os seus rendimentos.

3. 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 unanimidade de votos, para CONHECER do recurso de apelação, NEGANDO-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por RÔMULO SÉRGIO BESSA contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Cascavel, que, nos autos

da ação de usucapião (processo nº 0000296-76.2009.8.06.0062/0) intentada por MARIA PAULA DE CASTRO BESSA, julgou procedente o pedido, declarando a prescrição aquisitiva em favor da autora.

Na origem, a autora alega que possui por mais de vinte anos o imóvel situado na Rua Tabelião José Marcos de Castro, nº 2020, Centro, na cidade de Cascavel.

Informa que o bem telado não tem registro imobiliário, sendo que a demandante é possuidora indireta do imóvel, do qual aufere os frutos decorrentes de locação imobiliária. Portanto, assevera possuir o bem com ânimo de dono e sem contestação ao longo dos anos, razão pela qual requereu a outorga do domínio em questão, a partir do reconhecimento judicial da prescrição aquisitiva do imóvel (fls. 01/08).

Em sede de contestação, Rômulo Sérgio Bessa, sobrinho da demandante, confirma que o imóvel em questão, de fato, é locado há muitos anos e administrado pela recorrida, porém esta não é a proprietária do imóvel, que, na verdade, faz parte do acervo patrimonial de seu falecido avô e genitor da autora, Francisco Jurandir Campelo Bessa.

Aduz que o imóvel litigioso era registrado no 2º Ofício de Cascavel, no Cartório Moura Facundo, com nº de ordem 5843 - 3-O, quando, em 2008, a mãe da apelada – viúva de Francisco Jurandir Campelo Bessa –, procedeu a "manobra" indevida, consistente em averbação no citado registro, com base no art. 213, § 5º da Lei nº 6.015/73, alterando as suas dimensões, de modo que a descrição atual do imóvel litigioso em verdade corresponde ao imóvel de numeral 2012 (também pertencente ao espólio), situado na mesma rua, e que não era registrado.

Em virtude dessa "manobra", afirma que o imóvel que vem sendo locado ao longo dos anos (numeral 2020) passou a não ostentar registro imobiliário, servindo-se melhor ao intento da autora de usucapi-lo, visto que somente este imóvel era administrado por ela.

Além da improcedência do pedido, o contestante requereu a declaração de indignidade da apelada, apta a excluí-la do inventário, ao tempo da sucessão (fls. 58/63).

O magistrado de piso consignou a ausência de comprovação dos fatos alegados pelo contestante, reconhecendo, desta feita, a prescrição aquisitiva do imóvel em questão em favor da apelada, satisfeitos os requisitos legais (arts. 1.238 e 2.029 do Código Civil) (fls. 130/133).

Irresignado, o contestante apelou, reclamando a reforma da sentença, conquanto o imóvel ora usucapido pertence ao espólio de seu avô, Francisco Jurandir Campelo Bessa, portanto, todos os herdeiros são condôminos do bem telado, até que se ultime a partilha dos bens do *de cujus*, mostrando-se inviável a pretensão autoral.

Nesse contexto, alega que inexiste ânimo de dono por parte da apelada, tornando-se impossível a posse *ad usucapionem*. Também reforçou a suposta simulação engendrada pela mãe da apelada, narrada na peça contestatória (fls. 139/144).

Por outro lado, a apelada argumenta que nunca houve condomínio entre os herdeiros quanto ao bem em litígio, que sequer possui registro público, sendo por ela administrado, com ânimo de dona, desde a morte de seu pai, fato notório no município de Cascavel. Nesses termos, requer a confirmação da sentença (fls. 151/155).

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos do recurso, passo à análise da controvérsia.

A sentença não merece censura.

A autora, na inicial, alega que exerce posse de forma mansa, pacífica e sem contestação, há quase trinta anos, sobre imóvel urbano situado na cidade de Cascavel, na Rua Tabelião José Marcos de Castro, nº 2020.

Pois bem. É fato incontroverso que o imóvel telado pertencia a Francisco Jurandir Campelo Bessa, pai da apelada, e que, desde a morte dele, a autora "administra" o citado bem, auferindo, somente para si, os rendimentos advindos da locação do imóvel (fls. 21/22).

No mesmo sentido são as declarações pessoais colacionadas aos autos pela autora, a denotar verdadeiro ânimo de dono da apelada sobre o bem litigioso, tal qual como firmado pelo magistrado *a quo*, nesses termos (fls. 16/22; 130/133):

> "Em verdade, o depoimento pessoal da autora e oitiva das testemunhas, comprovam que aquela detém a posse indireta do imóvel há mais de 30 anos, alugando a casa para complementação de sua renda. O próprio depoimento pessoal do contestante também dá conta disto, informando que a autora, desde a morte do pai dela, há mais de 30 anos, administra com exclusividade tal imóvel, alugando-o a terceiros."

Nessa quadra, nada obsta que o herdeiro possa usucapir bens da herança, desde que tenha a **posse exclusiva** do bem imóvel e o **ânimo de dono**.

Com efeito, a jurisprudência é pacífica nesse sentido, de que o condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, e tenha sido exercida a posse exclusiva, com efetivo *animus domini*, pelo prazo determinado em lei, e sem oposição.

Nesse sentido é a doutrina de ORLANDO GOMES *in Direitos Reais*, Rio de Janeiro, Forense, 12ª ed., p.166:

> "A posse que conduz à usucapião deve ser exercida com *animus domini*, mansa e pacificamente, contínua e publicamente. O *animus domini* precisa ser frisado para, de logo, afastar a possibilidade de usucapião dos fâmulos da posse.(...) Necessário, por conseguinte, que o possuidor exerça a posse com *animus domini* . Se há obstáculo objetivo a que possua com esse *animus*, não pode adquirir a propriedade por usucapião."

Na mesma linha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> "é possível o reconhecimento de usucapião em favor de um condômino contra o outro quando o condomínio deixa de existir pela posse exclusiva, exteriorizada por um dos possuidores sobre o imóvel, 'animo domini', e, pois, a impedir a composse dos demais. Em tal hipótese, a comunhão de direito cede passo à comunhão de fato e com isso passa a ter livre curso a prescrição *ad usucapionem (in* RT 525/77)".
>
> AÇÃO DE USUCAPIÃO. HERDEIRA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO PELO TRIBUNAL ACERCA DO CARÁTER PÚBLICO DO IMÓVEL OBJETO DE USUCAPIÃO QUE ENCONTRA-SE COM A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.
> 1. O condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, bem como tenha sido exercida posse exclusiva com efetivo *animus domini* pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários.
> 2. Há negativa de prestação jurisdicional em decorrência de não ter o Tribunal de origem emitido juízo de valor acerca da natureza do bem imóvel que se pretende usucapir, mesmo tendo os recorrentes levantado a questão em sede de recurso de apelação e em embargos de declaração opostos ao acórdão.
> 3. Recurso especial a que se dá provimento para: a). reconhecer a legitimidade dos recorrentes para proporem ação de usucapião relativamente ao imóvel descrito nos presentes autos, e b). anular parcialmente o acórdão recorrido, por violação ao artigo 535 do CPC, determinando o retorno dos autos para que aquela ilustre Corte aprecie a questão atinente ao caráter público do imóvel.
> (STJ - REsp: 668131 PR 2004/0076077-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/08/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/09/2010)
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. USUCAPIÃO. CONDOMÍNIO. SÚMULA 7/STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO HOSTILIZADA PELAS SUAS RAZÕES E FUNDAMENTOS. AGRAVO IMPROVIDO.

> I - Esta Corte firmou entendimento no sentido de ser possível ao condômino usucapir se exercer posse exclusiva sobre o imóvel. Precedentes.
> II - Não houve qualquer argumento capaz de modificar a conclusão alvitrada, que está em consonância com a jurisprudência consolidada desta Corte, devendo a decisão ser mantida por seus próprios fundamentos. Agravo improvido.
> (AgRg no Ag 731.971/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 20/10/2008)
>
> A questão foi analisada nesta Corte, tendo-se considerado que "pode o condômino usucapir, desde que exerça posse própria sobre o imóvel, posse exclusiva" (REsp nº 10.978/RJ, Terceira Turma, Relator o Ministro Nilson Naves, DJ de 9/8/93). Ainda assim: REsp nº 214.680/SP, Quarta Turma, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 16/11/99 e REsp nº 101.009/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJ de 16/11/98. Não prospera, portanto, a irresignação.
> (Ag Ag 731971/MS, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 31/08/2007).

O regime de condomínio, assim, é posto de lado no momento em que houver de fato a posse exclusiva por parte de um só condômino, que passa a ter a coisa como sua (*pro suo*), com exclusão dos demais, agindo, inclusive, por meio de uma série de atos indicativos de seu *animus domini*, a afastar por completo qualquer ato passível de ser interpretado como praticado em nome da coletividade. Isso porque, muito embora a comunhão continue a existir de direito, ela deixou de existir de fato (Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado, p. 124/128).

Nessa senda, competia ao apelante comprovar a existência de posse em condomínio dos herdeiros sobre o imóvel em disputa (art. 333, inciso II do CPC). Contudo, desse mister não se desincumbiu. O que se vê nos autos é exatamente o contrário: o fato de que por mais de trinta anos a apelada possui o bem litigioso com ânimo de dona, retirando dele, licitamente, frutos civis que complementam os seus rendimentos.

A usucapião extraordinária vinha prevista no art. 550 do Código Civil de 1916, como sendo aquela especificamente destinada à posse superior a vinte anos, sendo certo que transcorreu mais do que vinte anos desde a morte de Francisco Jurandir Campelo Bessa, conforme colho dos autos processuais.

Segundo ARNALDO RIZZARDO, *in Direito das Coisas.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, pg. 270, o reconhecimento judicial da prescrição aquisitiva tem como objetivo "*consolidar uma situação de fato, legalizando-se e transmitindo-se para a propriedade*".

No mesmo sentido, LENINE NEQUETE, *in* Da prescrição aquisitiva (usucapião). 3ª edição. Porto Alegre: Ajuris, 1981, pg. 35. destaca que a usucapião

"é menos um modo de adquirir, no sentido próprio do termo, do que uma forma de consolidar, através da posse revestida de certos caracteres e continuada durante um tempo determinado, uma aquisição sujeita à evicção, ou mesmo simplesmente presumida".

A posse *ad usucapionem* é, assim, fática e decorre da submissão do bem ao possuidor, repousando em duas situações bem definidas: a atividade singular do possuidor e a passividade geral de terceiros, diante daquela atuação individual. Se ambas essas atitudes perduraram, contínua e pacificamente, por trinta anos ininterruptos, consuma-se a usucapião. Qualquer oposição subsequente se mostrará inoperante, porque esbarrará ante o fato consumado.

Quanto à alegação do apelante, de que tenha havido "manobra" ilícita no registro público, envolvendo o bem em disputa e aquele situado na Rua Tabelião José Marcos de Castro, nº 2012, nada comprovou o recorrente. Inclusive, o oficial do Cartório Moura Facundo, 2º Ofício de Cascavel, certifica que, de fato, não há registro imobiliário do imóvel correspondente ao numeral 2020, localizado na Rua Tabelião José Marcos de Castro, objeto desta lide (fl. 15). Dessa forma, o imóvel de numeral 2012 é que, realmente, é registrado naquele 2º Ofício de Cascavel, conforme certificado às fls. 93/94.

Diante do exposto, CONHEÇO do recurso de apelação, NEGANDO-LHE PROVIMENTO, devendo permanecer incólume a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 18 de novembro de 2013.

PROCESSO 0033410-97.2006.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: RITA LOURENÇO BRILHANTE DA SILVA.
APELADO: ESTADO DO CEARÁ.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DISPENSA DE SERVIDOR PÚBLICO. FUNÇÃO DE COZINHEIRA DESEMPENHADA PERANTE A POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO CEARÁ. MOTIVO DETERMINANTE. NÃO COMPROVAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE. ESTABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. PRECEDENTES DO STF. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

1. A Lei nº 11.712/1990, instituidora do Regime Jurídico Único na Administração Pública Estadual sujeitou os prestadores de serviço público contratados antes da Constituição de 1988, sem submissão a concurso público e não contemplados com a estabilidade excepcional (art. 19, ADCT da CF/1988) ao regime estatutário, conforme reconhecimento do próprio Estado do Ceará.

2. É nula a dispensa de servidora pública admitida em 25.06.1986, que desempenha a função de cozinheira perante a Polícia Militar do Estado do Ceará, cuja concretização do motivo determinante do ato – atinente ao questionamento, pelo Ministério Público do Trabalho, Tribunal de Contas e Secretaria de Controladoria, estes do Estado do Ceará, de irregularidade na situação funcional da autora – sequer foi demonstrada pelo ente público, além de não instaurado o indispensável processo administrativo com oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa, independentemente da condição de não estável no serviço público. Precedentes do STF.

3. Apelação cível conhecida e provida para declarar a nulidade do ato de desligamento funcional da promovente e determinar o restabelecimento de seu vínculo com a Administração, assim como o pagamento da remuneração devida desde o afastamento, devidamente corrigida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer da apelação e dar-lhe provimento, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 27 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pela Sra. Rita Lourenço Brilhante da Silva em face da sentença exarada pelo Juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, o qual julgou improcedente ação anulatória de dispensa funcional (págs. 101-104).

A recorrente aduz (págs. 112-124):

a) exerceu a função de cozinheira por 19 (dezenove) anos ininterruptos junto à Polícia Militar do Estado do Ceará, sem nunca ter sequer usufruído férias;

b) a despeito de não configurada, *in casu*, a estabilidade excepcional de que trata o art. 19 do ADCT da CF/1988, o contrato de prestação de serviço não exibe qualquer vício, porquanto formalizado antes da exigência do art. 37, inc. II, da Carta Magna, consoante precedentes da Justiça do Trabalho;

c) a eventual consideração de nulidade da contratação da insurgente ensejará o pagamento da verba rescisória devida, incluindo horas extraordinárias e o saldo do FGTS.

Sob tais fundamentos, pugna pela reforma do decisório para assegurar à apelante alternativamente a reintegração e pagamento da remuneração não recebida durante o afastamento ou o levantamento do FGTS.

Em contrarrazões (págs. 128-133), o ente público alega que a promovente não comprovou:

a) ser beneficiária da estabilidade extraordinária acima citada;

b) a continuidade da relação trabalhista ininterruptamente de julho de 1986 até o ano de 2005;

c) a condição de integrante do quadro de pessoal da Corporação Militar.

Acresce que, com a instituição do Regime Jurídico Único pela Lei nº 11.721/1990, os que ingressaram no serviço público sem a realização prévia de concurso, sob rubricas diversas, como prestadores de serviço e contratados temporários, adquiriram o *status* de servidor estatutário, consoante parecer administrativo exarado

pela Procuradoria Geral do Estado, o que, todavia, não lhes confere estabilidade, a afastar a necessidade de processo administrativo e, assim, a validade do ato combatido.

Em face do disposto no art. 5º, inc. XV, da Recomendação nº 16 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), deixei de instar a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos legais de admissibilidade, conheço da apelação.

No mérito, ressalto que, conforme o próprio apelado reconhece, as pessoas que, ao tempo da promulgação da Constituição de 1988, mantivessem vínculo de trabalho com o Estado do Ceará e, a despeito de não submissão a concurso público e não enquadramento na regra da estabilidade excepcional (art. 19, ADCT), foram contempladas com o *status* de servidor estatutário.

Confiram-se os trechos das contrarrazões nesse tocante:

> Nessa linha de raciocínio, importa para o caso presente, que seja fixada a seguinte conclusão que se extrai da análise dos dispositivos constitucionais sobre a matéria, qual seja, podem existir no serviço público servidores que não são efetivos e que também não são estáveis. Já restou assentado que o servidor pode ser estável sem possuir efetividade, mas o fato é que também existe, no quadro do Estado do Ceará, servidores que não possuem nem efetividade nem estabilidade.
>
> Isso ocorreu porque com a vigência da Lei nº 11.721/90 foi instituído no Estado do Ceará o Regime Jurídico Único e aquelas pessoas que haviam ingressado no serviço público sem prestação de concurso, sob rubricas diversas, como prestadores de serviço e contratados temporários, foram absorvidas pela nova disciplina legal, passando ao *status* de servidores estatutários.
>
> […]
>
> Caso se admita que a parte autora pode ser enquadrada como servidora pública, o que se cogita apenas a título de argumentação, esta seria justamente a sua situação, pois tendo em vista que a mesma não foi albergada pela regra do art. 19 do ADCT, uma vez que só começou a prestar seus serviços a Polícia Militar em 1986, não perfazendo os cinco anos necessários para que fosse beneficiada com a estabilidade, ela se tornou estatutária, mas sem gozar da estabilidade no serviço público.
>
> Referido entendimento foi explicitado em profundidade no Parecer da Consultoria Geral do Estado, da lavra do Procurador Rommel Barroso da Frota, em relação ao Processo nº 05136005-5, oriundo da Secretaria da

> Saúde, que versava justamente sobre a situação jurídica dos chamados prestadores do serviço no quadro do Estado do Ceará.

De fato, os arts. 1º e 2º da Lei nº 11.712/1990 dispõem que, *verbis*:

> Art.1º- Fica instituída, nos termos do art. 39, *caput* da Constituição Federal e art. 166, *caput*, da Constituição Estadual, como regime jurídico único para os servidores da Administração Direta, Autarquias e das Fundações Públicas do Estado, **o regime de direito público administrativo da Lei n.º 9.826, de 14 de maio de 1974 e legislação complementar**.
>
> §1º- Na aplicação deste artigo, observar-se-á o art. 39 e §§1º e 2º da Constituição Federal, e, o art. 166 e §§ 1º e 2º da Constituição Estadual.
>
> §2º - O Governo do Estado no prazo de 120 (cento e vinte) dias, enviará à Assembléia Legislativa Projeto de Lei dispondo sobre a reforma do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado e Plano de Cargos e Carreiras.
>
> Art. 2º. Em consequência do disposto no artigo anterior, são também submetidos ao regime estatutário os atuais servidores:
> I- regidos pela Lei n.º 10.472, de 15 de dezembro de 1980;
> II- sujeitos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, salvo as hipóteses dos §§ 3º e 4º;
> III - ocupantes de cargos de Direção e Assessoramento;
> **IV- os que prestam serviços ao Estado, às Fundações e Autarquias mediante contrato, regido ou não pela Consolidação das Leis do Trabalho**.

Por conseguinte, o debate referente à condição não estável da suplicante é irrelevante, tendo em vista o entendimento sedimentado no pretório Excelso e neste Tribunal de Justiça acerca da imperiosa instauração de processo administrativo para fim de desligamento funcional do servidor.

Nesse tocante, trago à colação aresto prolatado neste Sodalício de minha relatoria:

> 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)

Do STF, cito:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL NÃO ESTÁVEL. LEI 10254/90-MG. DEMISSÃO POR CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NECESSIDADE. 1. É necessário o devido processo administrativo, em que se garanta o contraditório e a ampla defesa, para a demissão de servidores públicos, mesmo que não estáveis. Precedentes: RE 223.927-AgR, DJ de 23/03/2001 e RE 244.543, DJ de 26/09/2003. 2. Recurso extraordinário conhecido e improvido.
> (RE 223904, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 08/06/2004, DJ 06-08-2004 PP-00061 EMENT VOL-02158-23 PP-00623)

Ademais, o Pretório Excelso, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 594.296, representativo da controvérsia sob a sistemática dos feitos que impõem a existência de repercussão geral da matéria, firmou o entendimento de que o ato administrativo causador de interferência no campo dos interesses individuais deve suceder a procedimento administrativo, no qual seja viabilizado o exercício do contraditório e da ampla defesa; confira-se:

> EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO CUJA FORMALIZAÇÃO TENHA REPERCUTIDO NO CAMPO DE INTERESSES INDIVIDUAIS. PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO SOB O RITO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E COM OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 594.296 RG, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, julgado em 13/11/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-06 PP-01087)

Essa é exatamente a situação presente, extraída a partir da documentação colacionada à preambular, sobretudo de págs. 11-22.

À pág. 11, consta identidade funcional da autora de nº 602 expedida com o timbre da Polícia Militar do Estado do Ceará (PMCE)/Diretoria de Pessoal, em conformidade com a previsão do art. 234 da Lei nº 9.826/1974[1], dotada de fé pública por todo o território nacional, a qual registra a qualificação da Sra. Rita Lourenço Brilhante da Silva, a abreviatura "AUX. SERV." e data de inclusão correspondente a 25.06.1986.

Às pág. 12, 15, 16 e 17 foram juntas declarações datadas de 08.02.2004, 21.01.2000, 31.03.2000 e 21.01.2000 respectivamente, oriundas as três primeiras da Diretoria de Apoio Logístico (DAL) de mencionado Órgão Militar, dando conta de que a insurgente é prestadora de serviço, em dias alternados, na função de cozinheira desde 1986, jamais tendo gozado férias.

À pág. 18, tem-se ofício datado de 28.05.2003, encaminhado do Diretor da DAL ao Diretor de Finanças da Corporação Militar Estadual, no qual é solicitada a verificação da possibilidade de ser concedida equivalência salarial da recorrente com outros prestadores civis que desempenham igual função.

Os documentos de págs. 19 e 20 apontam o Fundo Especial da PMCE como Unidade Gestora de Provisão da despesa vinculada ao pagamento da verba remuneratória da postulante, cujo recibo é emitido pelo Tesoureiro Geral da PMCE.

Por fim, à pág. 22, tem-se o ofício datado de 07.06.2005, subscrito pelo Comandante Geral da PMCE, por meio do qual a postulante foi cientificada de sua dispensa supostamente decorrente do questionamento, pelo Ministério Público do Trabalho, Tribunal de Contas e Secretaria de Controladoria, estes do Estado do Ceará, a propósito de irregularidades na prestação de serviços junto à Caserna.

Ora, tal documentação me parece suficiente para demonstrar a subsunção da autora à disciplina da relação estatutária com o Executivo Estadual, ainda mais porque não impugnada pelo recorrido ou confrontada com elementos de convicção capazes de infirmar o exercício da atividade laboral por todo o lapso discriminado na preambular e ainda não demonstrado pelo ente público o motivo determinante do ato impugnado pertinente à atuação de aludidos órgãos de fiscalização.

1 **Lei nº 9.826/1974, Art. 234** - O órgão central do sistema de pessoal do Poder Executivo e os assemelhados do Poder Legislativo e entidades autárquicas fornecerão ao funcionário cartão de identidade, dele devendo constar o retrato, a impressão digital, a filiação, a data de nascimento e a qualificação funcional do identificado.
Parágrafo único - Será recolhido o cartão do funcionário que for exonerado, demitido ou aposentado.

Nesse contexto, estou certo de que a comprovação da continuidade ininterrupta ou não do exercício da função da apelante é dado que não influirá na solução da causa; afinal é fato incontroverso que foi admitida antes de 1988 e no momento da destituição figurava como cozinheira da Corporação Militar.

Obviamente, não se está aqui a decidir que a promovente tem o direito de permanecer indefinidamente integrando o Quadro de Pessoal da Administração, mas simplesmente a reconhecer, até mesmo por uma questão de boa-fé também exigível do Poder Público, não ser razoável que seja aquela surpreendida abruptamente com o ato de desligamento.

A irregularidade funcional da promovente, em tese, certamente poderá ser submetida à investigação administrativa com todas as consequências resultantes da eventual constatação, inclusive no que tange ao pagamento das verbas trabalhistas, desde que lhe seja assegurado o devido processo legal.

Do exposto, dou provimento à apelação para declarar a nulidade da dispensa da autora e determinar o restabelecimento de seu vínculo funcional, assim como o pagamento da remuneração devidamente corrigida, que teria o direito de receber desde o desligamento em 07.06.2005, invertidos os ônus de sucumbência, com fixação da verba honorária em R$ 500,00 (quinhentos reais), ficando facultada a instauração do devido processo legal, consoante acima ressaltado.

É como voto.

ÓRGÃO JULGADOR: 7ª CÂMARA CÍVEL
PROCESSO:AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO TRIBUTÁRIA Nº 0036594-95.2005.8.06.0001 - APENSO: AÇÃO CAUTELAR INOMINADA Nº 0131109-81.2012.8.06.000
NATUREZA: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
APELADO: UNIÃO NORTE BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA - UNBEC
RELATOR: DES. FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO TRIBUTÁRIA – AÇÃO CAUTELAR PARA DEPÓSITO DE PARCELAS DO IPTU – EMISSÃO DE CERTIDÃO PARA VENDA DE IMÓVEIS – REQUISITOS - "FUMUS BONI IURIS" E "PERICULUM IN MORA" - CONCESSÃO - ENTIDADE EDUCACIONAL SEM FINS LUCRATIVOS – PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – ADMISSIBILIDADE – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS PARA RECONHECIMENTO DA IMUNIDADE, POR FORÇA DO ARTIGO 150, VI, C DA CF E ART. 14 DO CTN – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO DESPROVIDO.

1 - Dentre os valores protegidos contra a tributação encontram-se os sociais, sendo vedado cobrar ou criar impostos sobre patrimônio das instituições de assistência social, sem fins lucrativos.

2 - O reconhecimento da imunidade tributária que abrange o patrimônio e a renda, ainda que advinda de seus bens dados em locação, porque destinada ao cumprimento da finalidade da instituição, deve ser declarado.

3 - Em se tratando de imunidade, ordinariamente não pode haver tributação. Caso venha a ocorrer eventual situação excepcional, que afaste a imunidade, deve ser revelada necessariamente em prévio e regular processo administrativo, com base em fatos concretos, específicos e pertinentes.

4 - Desde que não se desfaça, mediante prova, a presunção em favor da atividade educacional da empresa, não se pode dizer que seu patrimônio pode sofrer incidência tributária.
5 - No caso do processo, não se demonstrou que houve desvio de finalidade, ou seja, que a apelante desenvolve atividade diferente ou excedente à do ensino. A locação de bens, embora possa constituir estabelecimento civil e lucrativo, não distorce a natureza educacional da instituição, quando não se demonstra que a renda ali auferida não é destinada à atividade educacional, como se exige, geralmente, entre outros, da entidade filantrópica ou cultural.
6 - Os requisitos essenciais, ou seja, *o fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, para a concessão da medida cautelar pleiteada pela autora no sentido de efetuar depósitos para pagamento de parcelas de IPTU de imóveis , para venda de alguns de seus bens, sendo a renda destinada à própria educação, restaram demonstrados.
7 - Constitui entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência que, para a obtenção da tutela cautelar, é preciso demonstrar além das condições gerais e comuns a todas as ações (legitimidade da parte, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir), a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, de modo a se caracterizar a plausibilidade aparente da pretensão aviada e o perigo fundado de dano à ação futura que se pretende ajuizar ou aquela que esteja em andamento.
8 - Portanto, estando presentes os requisitos para a concessão da cautelar, como é o caso de que se cuida, poderá o julgador determinar as medidas que julgar pertinentes, nos termos do artigo 798 do Código de Processo Civil.
9 - Recurso de apelação conhecido e não provido. Em reexame necessário, julgo a ação totalmente procedente, reformando a sentença de primeiro grau, no sentido de reconhecer a imunidade tributária da autora em todos os seus bens. No que concerne a Ação Cautelar Inominada, tem-se pela sua procedência, confirmando-se a liminar antes concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0036594-95-2005.8.06.0001 e Apenso: Ação cautelar inominada nº 0131109-81.2012.8.06.000, em que figuram as partes acima referidas. Acordam os Senhores Desembargadores da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, CONHECER do recurso de apelação, para NEGAR-LHE PROVIMENTO. Em reexame necessário, julgar a ação totalmente procedente, reformando a sentença de primeiro grau, no sentido de declarar a imunidade tributária em todos os imóveis da autora. De igual monta, julga-se procedente a Ação Cautelar Inominada em apenso, confirmando-se a liminar antes concedida, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator, observadas as disposições de ofício.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de ação cautelar inominada, ajuizada pela União Norte Brasileira de Educação e Cultura - UNBEC, visando o deferimento liminar, e sua posterior confirmação, do pleito de depósito judicial do montante de R$ 1.459.789,49 (hum milhão, quatrocentos e cinquenta e nove mil, setecentos e oitenta e nove reais e quarenta e nove centavos), relativo aos débitos de IPTU dos terrenos contíguos inscritos sob os nºs. 294319-0 e 303196-9 e por conseguinte, a expedição, por parte do Requerido, de Certidão Positiva com efeitos de Negativa.

A referida medida, tem como fundamento o comando sentencial prolatado pelo juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública, nos autos do Proc. Nº 0036594-95.2005.8.06.0001 – Ação Declaratória de Inexistência de Relação Tributária - onde restou reconhecida a imunidade tributária dos imóveis da requerente que não estavam alugados a terceiros, inclusive os supra mencionados.

Em ambos os terrenos, o Município de Fortaleza recusa-se a expedir Certidão Negativa de Débito, em face de um débito existente no terreno inscrito sob o nº 303196-9, no importe atual de R$ 1.459.789,49 (hum milhão, quatrocentos e cinquenta e nove mil, setecentos e oitenta e nove reais e quarenta e nove centavos).

Os referidos imóveis foram negociados com as empresas WA Empreendimentos Imobiliários Ltda. e ASTROS Locação de Equipamentos e Imóveis Ltda. por meio de Contrato de Promessa de Compra e Venda. Contudo a finalização do negócio perfaz-se com a expedição de uma Certidão Negativa de Débitos ou Positiva com efeitos de Negativa pelo Município de Fortaleza.

A efetivação do referido negócio é premente para investimento na prestação de serviços educacionais dos vários Colégios e Faculdades Marista. Por esta razão, a

requerente ajuizou a presente medida, requestando, para tanto, em demonstração da sua boa-fé, o depósito em juízo do montante suso mencionado (R$ 1.459.789,49).

Em suma, aduz a Requerente que:

I) o depósito requestado esgota qualquer alegação por parte do município requerido de periculum in mora inverso;

II) todo e qualquer ônus cairá apenas sobre ela, em face da disposição de vultosa quantia com escopo de garantir direito que já lhe é notoriamente deferido;

III) até o presente momento cumpri à risca todos os requisitos elencados no art. 14, do Código Tributário Nacional;

IV) é evidente a presença do fummus boni iuris, mormente, quando esgota-se a alegativa do requerido de confusão entre "bens" e "patrimônio";

V) também está presente o periculum in mora decorrente dos efeitos consequenciais pela demora no julgamento, sobretudo, quando restarão inexistentes quaisquer prejuízos à parte adversa, em face do depósito em juízo do débito acumulado junto à prefeitura e do reconhecimento da imunidade no imóvel contíguo que também faz parte do patrimônio da ora requerente.

Por fim, requer:

I) liminarmente e inaudita altera pars, o depósito judicial do valor referente ao IPTU dos dois imóveis, objetos do contrato de compra e venda supra mencionados, de R$ 1.459.789,49, sob pena de multa diária ao município;

II) a citação do requerido;

III) a procedência da presente medida.

Juntou aos autos cópias de documento de fls. 14/32, bem como cópia da sentença da ação Declaratória de Inexistência de Relação Tributária e outros documentos.

Foram os autos conclusos para este relator em 27 de agosto de 2012, onde proferi Decisão Interlocutória às fls. 62/67, no sentido de deferir a liminar requestada, autorizando o depósito em juízo do montante de R$ 1.495.789,49 (hum milhão, quatrocentos e cinquenta e nove mil setecentos e oitenta e nove reais e quarenta e nove centavos), e a expedição de Certidão Positiva com efeitos de Negativa quanto aos imóveis inscritos sob os nºs. 294319-0 e 303196-9. Determinei, ainda, que fossem os autos remetidos ao Departamento Cível para apensamento aos autos principais., bem como a citação da promovida. Finalmente, que se desse vista ao Ministério Público.

Mandado de Citação à fl.69.

Petição às fls. 72/73 da autora, requerendo a expedição de ordem judicial para a Prefeitura Municipal de Fortaleza – Secretaria de Finanças do Município, a fim de que fosse expedida a Certidão Positiva com efeito Negativa.

Às fls 74/81, repousa peça contestatória do réu, pugnando pela reconsideração da decisão interlocutória.

Novamente os autos vieram-me conclusos, conforme fl. 83.

À fl. 84, determinei o encaminhamento dos autos à Procuradoria.

Manifestação da Procuradoria às fls. 87/92, opinando pelo julgamento procedente da presente ação, confirmando-se a medida cautelar liminarmente deferida em momento anterior, devendo ser garantida à entidade promovente o direito de emissão e renovação de certidões fiscais, enquanto permanecer depositado em juízo o montante integral do crédito tributário .

Petição da autora às fls. 94/97, esclarecendo que diante da necessidade de levantar um financiamento bancário, necessita da Certidão Negativa do Município – IPTU pois trata-se de um documento indispensável.

Nestes termos, postula seja deferido o depósito judicial da quantia de R$ 77.363,06 (setenta e sete mil, trezentos e sessenta e três reais e seis centavos, referente ao IPTU do ano de 2013.

É o relato.

À douta revisão.

VOTO

Cuidam-se, na espécie, Reexame Necessário bem como Recurso de Apelação interposto pelo Município de Fortaleza, contra a sentença de fls. 158/161, proferida pelo Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE que julgou parcialmente procedente a Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica Tributária, reconhecendo a imunidade tributária de que goza a autora UNIÃO NORTE BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA – UNBEC, referente aos imóveis de sua propriedade não alugados a terceiros, desde que continue a atender os requisitos previstos no art. 14 do CTN, deixando de fazê-lo em relação aos imóveis alugados a terceiros.

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade, conheço da Apelação Cível e da Remessa Necessária da Ação Ordinária, julgando em conjunto a Ação Cautelar Inominada de Nº 0131109-81.2012.8.06.000, em apenso, por reunirem as condições necessárias, encontrando-se presentes os chamados requisitos intrínsecos e extrínsecos ao transpasse para o juízo de mérito recursal.

Noticia o apelante em suas razões recursais de fls. 164/171, que os documentos coligidos nos presentes autos pela recorrida não têm o condão de demonstrar que a mesma faz jus à imunidade fiscal invocada.

Contrarrazões às fls. 188/194, requerendo a confirmação da sentença.

Com efeito, iniciando esta minha decisão, lanço mão de duas lições de renomados juízes brasileiros que, respeitados por suas experiências e clareza no julgar, demonstram a humildade com que deve se portar o julgador em casos de que se cuida.

Vejamos:

> "O juiz, a despeito da magnitude da seara em que atua, deve manter a sua humildade e a consciência de que, embora limitado como ser humano, deve ser grande na resposta para acompanhar as mudanças trazidas pelo progresso científico, tecnológico e humano".(Ministra do STF - Rosa Maria Weber Candiota da Rosa).

> "O juiz precisa ser humilde, no seu ofício e fora dele. Já vi juízes em humildade serem humilhados pelo tempo, pelas vicissitudes da vida, que são, muitas vezes, impiedosas. A humildade é, também uma maneira silenciosa de ser altivo, sereno. Isso é que importa ao juiz". (Lourival Serejo, Juiz de Direito do estado do Maranhão, em sua obra Formação de juiz: anotações de uma experiência).

Dito isto, digo eu: quando decidi ser Juiz, decidi também que não permitiria que a temporalidade da vida, os aborrecimentos, os percalços das longínquas comarcas, a dureza inexorável da condição humana, as críticas ácidas chegadas do vencido por causa do ato judiciário contrário ao que achava ser seu direito, a busca incessante da verdade para julgar os semelhantes, sabotassem a minha convicção de ser Juiz.

Tenho preocupação constante em proferir minhas decisões com precisão e segurança, haurindo subsídios revestidos da maior margem de certeza possível, para então formar o meu convencimento e fazer um julgamento justo, não cerceando jamais os sagrados direitos dos jurisdicionados, sem nunca me deixar vencer pelo volume de trabalho que atribula nosso cotidiano, pois em cada autos de processo há uma vida, ou vidas. Ali, escondem-se esperanças, sonhos e expectativas.

Entendendo, assim, é que encorajado pela humildade imposta pela toga, e após muita reflexão, debrucei-me criticamente sobre a minha primeira manifestação nestes autos, a qual entendia que a UNBEC não gozava da isenção postulada, pois não atendia aos requisitos do artigo 14 do Código Tributário Nacional, tampouco se enquadrava na hipótese de incidência da regra matriz de imunidade.

As divergências no âmbito interno desta Câmara, caracterizam sua firme adoção de defesa e proteção ao jurisdicionado. Assim, foi que, por certo, ao pedir vista dos autos para melhor refletir a matéria, naquele primeiro momento, o Desembargador Durval Aires Filho, revisor para este caso, fez-me ver, acredito, de logo, que meu posicionamento pessoal estava dessintonizado do interesse daquele que veio buscar aqui o seu direito, fazendo com que revisse as razões de decidir, alcançando entendimento outro.

Com essas considerações singelas, de auto-crítica e com muita humildade, passo então à analise deste caso.

A Constituição da República, reproduzindo praticamente as Cartas

anteriores, dispõe em seu art. 150, VI, c, *ser vedado à União, aos Estados e aos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviço das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei*.

Tais requisitos são aqueles previstos no art. 14 do Código Tributário Nacional, que impõe aos entes referidos: a) *não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título*; b) *aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais*; c) *manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.*

Presunção há que milita em favor da autora: até prova em contrário de algum fato impeditivo, extintivo ou modificativo, a imunidade deve prevalecer, mesmo porque, como já dito, decorre imediatamente da Constituição Federal.

Em outras palavras, em se tratando de imunidade, ordinariamente não pode haver tributação. Caso venha a ocorrer eventual situação excepcional, que afaste a imunidade, deve ser revelada necessariamente em prévio e regular processo administrativo, com base em fatos concretos, específicos e pertinentes.

Ora, se a autora goza de imunidade até prova em contrário, sequer necessitaria requerer qualquer coisa administrativamente, enquanto o Município, sim, só pode realizar o lançamento se em prévio processo administrativo apurou fatos que elidem a imunidade constitucionalmente prevista.

Não se deve olvidar, ainda que, havendo indícios de descumprimento da legislação tributária por parte de entidade que goza de imunidade, cabe tão somente à Fazenda Pública empreender fiscalização e apuração, sempre respeitado o devido processo legal (artigo 194 e seguintes do CTN)[1].

---

1 Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Parágrafo único. A legislação a que se refere este artigo aplica-se às pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, inclusive às que gozem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal.

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 1o Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 2o O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

§ 3o Não é vedada a divulgação de informações relativas a: (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

I – representações fiscais para fins penais; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

III – parcelamento ou moratória. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Art. 200. As autoridades administrativas federais poderão requisitar o auxílio da força pública

Cumpre observar que não se trata de negar a presunção de legitimidade do lançamento tributário, mas, apenas, em razão do princípio da legalidade (art. 37 da CFC[2]), de se reconhecer que a atuação da administração pública é condicionada pelas regras constitucionais.

É que, "A legalidade como princípio da administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e dele 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 ali autoriza". (*in* Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 25ª ed., p. 82, São Paulo, Malheiros, 2000).

Em matéria de imunidade tributária há de se ter em conta os elementos essenciais à sua caracterização, conforme doutrina a tributarista Misabel Abreu Machado Derzi, *ipsis litteris:*

> "A Constituição de 1988 refere-se expressamente à inexistência de fins lucrativos como *ratio essendi* da imunidade dessas atividades. Limita também a imunidade a suas finalidades essenciais, ou seja, dos partidos políticos, dos sindicatos e das instituições de educação e de assistência social, incorporando uma restrição, apenas implícita no texto magno anterior, mas já determinada expressamente pelo Código Tributário Nacional (art. 14).
> "Não cabe ao intérprete - e essa tem sido a posição jurisprudencial uniforme - ou ao legislador ordinário criar outros requisitos não previstos em lei complementar, tais como a declaração legal de utilidade pública, a exigência de fundação como único veículo formal ao desenvolvimento das atividades educacionais e assistenciais etc."
> "Importa, ao interpretar a Constituição de 1988 e o Código Tributário Nacional, separar sempre o que é substância e essência da imunidade daquilo que é acidental."(...)"Cabe exigir que partidos políticos, sindicatos, instituições de educação e de assistência social cumpram a Constituição, a lei, e que seus estatutos estejam adequados ao desempenho daquelas atividades essenciais que gozam da imunidade.""Compete à Administração Fazendária fiscalizar a ausência de capacidade econômica, de fins lucrativos e de aplicação de renda no exterior das instituições de educação e de assistência social, razão pela qual não é suficiente verificar apenas a não-

federal, estadual ou municipal, e reciprocamente, quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando necessário à efetivação dê medida prevista na legislação tributária, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção.

2 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

distribuição de lucros' durante a vida da associação ou da sociedade civil por meio do exame de seus livros e de balanço."
"A interpretação correta da Constituição Federal e do art. 14 do Código Tributário Nacional exige que se investiguem os estatutos sociais (além da escrita contábil) dessas instituições para identificar: a natureza não-lucrativa' da atividade e a aplicação de seus resultados; o destino do patrimônio líquido da sociedade, em caso de dissolução da sociedade ou término de suas atividades; a impossibilidade de alienação onerosa, por parte de seus sócios, de quotas' ou outras participações'."
"É que muitas sociedades civis, sem fins lucrativos, podem cumular patrimônio ao longo de certo período. Ora, não tem sentido reconhecer a imunidade, se encerradas as suas atividades, ou no curso delas, o grupo restrito de seus associados se beneficiar com a incorporação desses bens ao seu patrimônio pessoal, bens formados à custa de uma renúncia à receita, que onera a coletividade. O Código Tributário Nacional proíbe não apenas a distribuição de lucros, de participação no resultado, mas ainda a de patrimônio, durante a vida da instituição ou no seu término."
"Quando as instituições de educação ou de assistência social estão voltadas a atividades sem fins lucrativos, na realidade, falece-lhes capacidade econômica de contribuir" (*in* BALEEIRO, Aliomar - Limitações constitucionais ao poder tributar, 7ª ed. rev. e compl. por Misabel Abreu Machado Derzi, tiragem, 1998, p. 317- 320).

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"Imunidade tributária do patrimônio das instituições de educação, sem fins lucrativos (fundação autárquica mantenedora de universidade federal) (CF, art. 150, VI, c): sua aplicabilidade de modo a preexcluir a incidência do IPTU sobre imóvel de propriedade da entidade imune, ainda quando alugado a terceiro, sempre que a renda dos aluguéis seja aplicada em suas finalidades institucionais." (RE- 217233/RJ - Relator para o acórdão: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - DJ 14- 09-01, p. 62- Ementário v. 2043-03/612 - julgamento: 14/08/2001 - Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.4)

Também neste diapasão, corre a doutrina de Hugo de Brito Machado:

"São também imunes as instituições de educação ou de assistência social, sem fins lucrativos. (…) As instituições de educação deviam ser imunes incondicionalmente. A importância social da atividade de educação o exige. (…) todavia, e incondicionada. Se existe para aquela instituição sem fins lucrativos, conceito que também tem sido mal compreendido. (…) É razoável todavia, entender-se que 'o não ter finalidade lucrativa' pode traduzir-se no atendimento dos requisitos do art. 14 do CTN. (…) Não ter fins lucrativos não significa, de modo algum, ter receita limitada aos custos operacionais. Elas na verdade podem e devem ter sobras financeiras, até para que possam progredir, modernizando e ampliando suas instalações. O que não podem é distribuir lucros. São obrigadas a aplicar todas as suas

> disponibilidades na manutenção dos seus objetivos institucionais. O meio para comprovar o cumprimento dessas exigências é a escrituração contábil. (…) Os requisitos estabelecidos no CTN para o gozo da imunidade em foco são todos de atendimento continuado. Se a qualquer época deixam de ser observados, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício (CTN art. 14, § 1º). Destaque-se que a imunidade em estudo se refere ao patrimônio e aos serviços, mas estes são, exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais da entidade imune, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos". (*in* Curso de Direito Tributário, ed. Malheiros, 23ª edição, páginas . 265/266).

A própria municipalidade, já considerou a entidade como filantrópica à. fl. 48, dizendo ser aquela cumpridora das exigências do art. 324, inciso III, letras "a", "b" e "c" da CLTM, e, portanto, detentora da imunidade, pleiteada em relação ao imóvel situado à Av. Waldir Diogo, nº 1138, inscrição do IPTU 294.319-0. (grifei)

Caberia, portanto, a ela, Municipalidade fazer prova de que a autora não está sob a égide da imunidade tributária, por desvio de finalidade do imóvel, ônus que lhe cabia e do qual não se desincumbiu, não havendo sequer início de prova nesse sentido.

Realçando, que a UNBEC foi declarada pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – Conselho Nacional de Assistência Social – como Entidade Beneficente de Assistência Social e Entidade de fins Filantrópicos, bem como através da Lei nº 11.478 pela Assembleia Legislativa do Estado do Pernambuco, de Utilidade Pública. (fls. 39/40 e 41), respectivamente.

Para tanto, mostram-se hábeis as informações constantes de seu estatuto social e dos títulos acima mencionados de que é detentora. O resto é questão de fiscalização e nada há que infirme sua tese.

Acha-se ela sob reserva constitucional, e as normas que tratam de benefícios fiscais constituem matéria de direito excepcional, onde tem guarida a interpretação restrita, limitada.

A imunidade tem por meta alcançar os efeitos de preservação, proteção e estímulo pelo fato das entidades beneficiadas exercerem atribuições ligadas aos interesses do Estado, e os impostos, por seus efeitos econômicos, segundo as circunstâncias poderiam desfalcar seu patrimônio e diminuir a eficácia dos serviços ou a integral aplicação das rendas aos objetivos específicos daquela entidade, presumidamente desinteressada pela sua própria natureza.

Na outorga da imunidade dos tributos, ainda que destinadas à instituições, tem-se em vista, evidentemente, as superiores finalidades do órgão ou serviço sobre que recai, sob pena de haver violação ao princípio da igualdade, basilar dos regimes democráticos.

A imunidade resulta da intenção do constituinte de alcançar o desenvolvimento de atividades sociais reputadas relevantes, desenvolvidas por entidades filantrópicas e de assistência social, que são insatisfatoriamente prestadas pelo Estado.

Neste sentido ensina Luciano Amaro:

> "O fundamento das imunidades é a preservação de valores que a Constituição reputa relevantes (atuação de certas entidades, a liberdade religiosa, o acesso à informação, a liberdade de expressão etc.) que faz com que se ignore a eventual (ou efetiva) capacidade econômica revelada pela pessoa (ou revelada na situação), proclamando-se, independentemente da existência dessa capacidade, a não-tributalidade das pessoas ou situações imunes. Yonne Dolácio de Oliveira registra o 'domínio de um verdadeiro esquema axiológico sobre o princípio da capacidade contributiva" (Direito Tributário Brasileiro, Saraiva, 2001, 6ª ed., p.145).

É certo que tais entidades viabilizam o fornecimento de educação e assistência social dignas aos cidadãos carentes, a tributação sobre estas afetaria ou até inviabilizaria os serviços ofertados ao universo de pessoas atendidas pelas mesmas, acarretando prejuízo irreparável à toda comunidade. Neste sentido, alerta Aires F. Barreto:

> "A verdade é que o Estado assiste a bem poucos. Não é alarmismo dizer que, se, hoje, as entidades de assistência social, benemerentes, deixassem de desenvolver o seu relevante papel, o Estado mergulharia em profundo caos e a população carente e desvalida sucumbiria, vítima do descaso e abandono dos Poderes Públicos" (Imunidades Tributárias: Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, Dialética, São Paulo, 1999, p. 64, sublinhamos).

Tornou-se, portanto, evidente para este Relator, qual o objetivo do constituinte ao outorgar imunidades tributárias, conforme elucidou o insigne professor Ives Gandra da Silva Martins:

> "Não exteriorizam elas 'favores fiscais', mas sim 'favores' que a sociedade presta ao governo, que a representa, nem sempre bem. Não são elas 'renúncias tributárias', mas contrapartida devida à sociedade pela colaboração que presta ao Governo, ao executar, na maior parte das vezes, atividades que o próprio Governo deveria executar e não executa, precisando de auxílio da sociedade para desempenhá-las.
> Quem, ao desenvolver uma obra de assistência social – que é obrigação do Governo desenvolver e desenvolve, normalmente mal – e deixa de dedicar-se a atividades lucrativas ou de interesse pessoas, está dando mais ao Governo do que dele recebe sob a forma das chamadas 'renúncias fiscais', principalmente em nação que possui carga tributária do nível daquela dos Estados Unidos (em torno de 33% do PIB) e presta serviços públicos do

> nível dos prestados em países africanos, com mau serviço de saúde, de educação, de previdência social, de segurança pública e com uma justiça em que o número de magistrados é ridículo, se comparado com o número de jurisdicionados a atender" (Revista Dialética de Direito Tributário nº 40p- 87) .

Assim, é que, a existência de direito subjetivo à imunidade tributária reside na comprovação por parte do beneficiário de que realmente é instituição de educação. De acordo com os documentos juntados aos autos, mormente o Estatuto (fls. 29/36), a impetrante é uma associação civil, pessoa jurídica de direito privado para fins não econômicos, cuja finalidade é a educação e o ensino em todos os seus graus e formas e a assistência social.

E ainda, os artigos 4º parágrafo primeiro e 31 daquele Estatuto, dispõem respectivamente que "associados vitalícios são os que se comprometem a trabalhar, em caráter vitalício, sem remuneração, em qualquer das atividades da Associação; "os membros da Diretoria não recebem remuneração da UNBEC pelo exercício de suas funções (...)".

Não restam dúvidas de que a autora demonstrou à Administração Tributária que atende aos requisitos legais para que seus bens sejam reconhecidos como imunes, ou seja, demonstrou que a situação jurídica se enquadra no tipo constitucional instituidor da imunidade fiscal.

Destarte, nesta seara, ainda que alguns dos imóveis da autora sejam alugados, tal fato não lhe retira o benefício da imunidade tributária, sendo que o único óbice seria se o lucro obtido não fosse destinado às finalidades essenciais, o que não restou demonstrado nos autos.

Com efeito, à destinação dada ao imóvel pelas entidades sem fins lucrativos, tal questão encontra-se sumulada pelo STF – súmula 724, no sentido de que "Ainda quando alugado a terceiros permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, "c", da constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades".

Portanto, a conclusão é a de que, qualquer que seja o imóvel que integre o patrimônio da UNBEC, associação civil que não ostenta fins lucrativos, estará de um jeito ou de outro vinculado à consecução do fim para o qual foi instituída.

Outrossim, tratando-se de garantia constitucional, sua aplicação é imediata, o que implica presunção relativa quanto à ocorrência da referida vinculação, de modo que incumbe como já dito alhures, ao apelante o ônus de provar a existência de fato impeditivo do direito da autora (art. 333, II, do CPC[2]), o que não ocorreu no caso.

2 Art. 333. O ônus da prova incumbe: [...]
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Como já foi decidido:

> "PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – IMUNIDADE – FATO IMPEDITIVO – ART. 333, II, DO CPC – ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO REFLEXA - Presunção *juris tantum* quanto à imunidade da autarquia municipal, por força da própria sistemática legal (art. 333, I, do CPC), de forma que caberia ao Município, mesmo em sede de embargos à execução, apresentar prova de fato impeditivo em relação a esse favor constitucional (art. 333, II, do CPC), através da comprovação de que os serviços prestados pelo ente administrativo ou seu patrimônio estão desvinculados dos objetivos institucionais.
> 2.Violação reflexa a dispositivos federais não ensejam a interposição de recurso especial – precedentes.
> 3.Recurso especial improvido". (STJ – 2ª Turma – Resp nº 320.948/MG – rel. Ministra Eliana Calmon).

No caso vertente, a respeitável sentença impugnada analisou a questão controvertida, chegando à conclusão de parcial acolhimento da pretensão posta na petição inicial. Todavia, penso, como referido acima, e não importa ser repetitivo a bem de aclarar os fatos, que a imunidade tributária postulada, não deve excepcionar os imóveis alugados a terceiros, mesmo porque, é, na hipótese, do município, a competência e a obrigação da comprovação de que os serviços prestados pelo ente administrativo ou seu patrimônio estão desvinculados dos objetivos institucionais.

Com efeito, a presunção *juris tantum*, repito, não é no sentido de que o imóvel pertencente à instituição assistencial não guarda relação com as finalidades assistenciais e não-lucrativas da entidade. Exatamente ao contrário. Deve-se presumir que o imóvel é utilizado como meio de consecução do objetivo final da instituição, caso não haja produção de renda pelo imóvel. Caso seja o imóvel objeto de locação, a presunção é de que seja o mesmo alugado com o intuito de produzir receita que será revertida, afinal, para a consecução dos objetivos essenciais da mesma.

Assim sendo, mesmo no caso de ser o imóvel objeto de locação, não é a UNBEC quem deve comprovar a utilização da renda proveniente dos aluguéis dos imóveis em questão; o Fisco Municipal é quem deve comprovar inequivocamente que o produto da locação daqueles imóveis foge às atividades ordinárias e aos fins últimos da entidade.

Não houve, no entanto, reafirme-se, qualquer prova no sentido de que a UNBEC não estivesse utilizando seus imóveis na consecução de seus objetivos assistenciais. Consequentemente, a imunidade constitucional sobre os ditos imóveis não pode ser desconsiderada, e o benefício tributário em questão não deve ser suspenso ou reiterado como quer prevalecer o município de Fortaleza.

A posição jurisprudencial majoritária não difere deste entendimento, conforme se infere dos julgados abaixo colacionados, que inclusive, referem-se a lides análogas.

Veja-se:

> "Entidade de Educação. Imunidade Tributária. Extensão. O emprego do patrimônio em imóveis destinados à locação não afasta a finalidade educacional da instituição. O patrimônio, como conjunto, e não a parte do patrimônio diretamente empregada na atividade-fim, é preservado de qualquer incidência tributária.
> (...)
> **Desde que não se desfaça, mediante prova, a presunção em favor da atividade educacional da empresa, não se pode dizer que seu patrimônio pode sofrer incidência tributária.**
> **No caso do processo, não se demonstrou que houve desvio de finalidade, ou seja, que a apelante desenvolve atividade diferente ou excedente à do ensino. A locação de bens, embora possa constituir estabelecimento civil e lucrativo, não distorce a natureza educacional da instituição, quando não se demonstra que a renda ali auferida não é destinada à atividade educacional, como se exige, geralmente, entre outros, da entidade filantrópica ou cultural."** (Apelação Cível nº 191.424-1, Belo Horizonte, Rel. Des. Almeida Melo).

> EMENTA: IPTU. Entidade assistencial/educacional sem fins lucrativos. Imunidade constitucional garantida. **É incabível a cobrança de IPTU sobre imóveis de propriedade de entidades filantrópicas e/ou sem fins lucrativos, assim reconhecidas, presumindo-se que a utilização de tais imóveis é revertida à consecução dos objetivos essenciais das instituições que possuam este caráter. Tal presunção só cai mediante prova do Poder Público de que a citada utilização refere-se a atividades outras que extrapolem o escopo assistencial da entidade.** Embargos infringentes acolhidos. (EMBARGOS INFRINGENTES Nº 000.253.297-6/01 NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 253.297-6.00 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - EMBARGANTE (S): UBEE - UNIÃO BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO E ENSINO - EMBARGADO (S): FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - RELATOR: EXMO. SR. DES. JARBAS LADEIRA)

> [3]Embargos infringentes. Decisão majoritária que reformou sentença de

3 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre: (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

> improcedência em embargos à execução fiscal - Imunidade de entidade filantrópica. Presunção de que todo patrimônio da entidade goza do beneficio constitucional. Presentes os requisitos autorizadores da benesse. Não evidenciado desvio de finalidade. Recurso desprovido. (EI 912395732005826 SP, Relator: Des. Flávio Cunha da Silva, Julgado em 12/05/2011, Publicação: 31/05/2011)

> MEDIDA CAUTELAR - Ação incidental a recurso de apelação interposto em mandado de segurança impetrado com a finalidade de afastar a exigência de IPTU dos exercícios de 2000, 2001, 2002 e 2004, incidente sobre imóvel alugado, pertencente a entidade beneficente, sem fins lucrativos, que goza de imunidade tributária - Pretensão à suspensão da exigibilidade do crédito tributário até julgamento final do recurso pela Turma Julgadora - Admissibilidade - Entendimento segundo o qual há presunção de que todo o patrimônio da entidade goza do beneficio constitucional - Prova do descumprimento das finalidades essenciais que compete à Municipalidade - Presença dos requisitos autorizadores da concessão do pedido - Medida cautelar julgada procedente. (MCAUT. Nº 685.266.5/8-00 – TJ/SP, J: 20/12/2007, P: 15/04/2008, Rel. Des. Gonçalves Rostey).

Do Augusto Supremo Tribunal Federal, de sua feita, tem-se:

> Decisão: Trata-se de agravo contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão assim do: “IMUNIDADE - Entidade educacional sem fins lucrativos - Mandado de segurança impetrado com a finalidade de afastar a exigência de IPTU dos exercícios de 2000 a 2004, incidente sobre área do imóvel alugada a terceiros - Admissibilidade - Imunidade parcial reconhecida pela Municipalidade com exclusão da área locada - Questão exclusivamente de direito - Desnecessidade de produção de prova pericial na espécie. Hipótese, ademais, em que a imunidade é concedida por mandamento constitucional, independentemente de qualquer requerimento ao poder tributante, Artigo 150, inciso VI, alínea c - Irrelevância de tratar-se de imóvel alugado a terceiros, desde que a renda dos aluguéis seja aplicada em suas finalidades - Súmula 724 do STF - Presunção de que todo o patrimônio da entidade goza do beneficio constitucional - Prova do desvio de finalidade que constitui ônus da Municipalidade, mediante prova por ela produzida - Imunidade reconhecida - Segurança concedida - Apelo da impetrante provido (eDOC 2, p. 97). No recurso extraordinário, interposto com fundamento no artigo 102, III, “a”, da Constituição Federal, aponta-se violação ao artigo 150, VI, “c”, e § 4º, do texto constitucional. Nas razões recursais, sustenta-se que o acórdão impugnado não analisou o efetivo preenchimento dos requisitos para a concessão de imunidade (eDOC 2, p. 119). Argumenta-se que a parte recorrida não demonstrou o atendimento a esses requisitos (eDOC 2, p. 120). Decido. A pretensão recursal não merece prosperar. Isso porque a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a verificação do preenchimento dos requisitos legais e constitucionais ensejadores da concessão da imunidade tributária demanda a reapreciação dos fatos e provas constantes dos autos, o que inviabiliza o processamento do recurso extraordinário, nos termos do Enunciado 279 d da Súmula

do STF. Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IPTU. LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR. IMUNIDADE. CF/88, ARTIGO 150, VI, "C" e § 4º. UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL NAS FINALIDADES ESSENCIAIS DA ASSOCIAÇÃO. VERIFICAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. A imunidade tributária e o preenchimento dos seus requisitos constitucionais (CF, art. 150, VI, "c") e legais não são aferíveis no e. STF posto encerrar a matéria o reexame de conteúdo relativo a fatos e provas inseridos nos autos, o que é inviável nesta instância mercê do teor da Súmula 279/STF, *verbis*: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário". Agravo regimental provido para não conhecer do recurso extraordinário" (RE-AgR 625.529, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15.8.2011). "Agravo regimental em agravo de instrumento 2. **Imunidade Tributária. Entidade sem fins lucrativos. Comprovação de existência dos requisitos para concessão do benefício. Art. 14 do Código Tributário Nacional. Interpretação de legislação infraconstitucional.** Ofensa reflexa. Súmula 279/STF. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AI-AgR 512.985, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 9.11.2007). Ante o exposto, conheço do presente agravo para negar-lhe provimento (art. 544, § 4º, II, "a", do CPC). Publique-se. Brasília, 6 de junho de 2013. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente (ARE 752466 SP, Min. GILMAR MENDES, DJe-110 DIVULG 11/06/2013 PUBLIC 12/06/2013).

Decisão: Vistos. Fundação Getúlio Vargas interpõe agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade ao artigo 150, VI, "c", da Constituição Federal. Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão da Décima Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – Imposto predial e territorial urbano (IPTU) e taxas de conservação e limpeza de vias e logradouros públicos (TSU) – Entidade educacional – Alegação da Municipalidade de que o imóvel em discussão não possui qualquer edificação e, por essa razão, estaria afastada a sua destinação social – Possibilidade – Imunidade condicionada à demonstração de que o bem atende à finalidade assistencial – Imposto devido – Taxas indevidas – Desatendimento aos artigos 77 e 79 do Código Tributário Nacional – Verbas sucumbenciais partilhadas meio a meio, compensando-se as honorárias – Sentença reformada em parte – Apelo parcialmente provido". Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. Decido. Verifico que o caso trata de imunidade de entidade educacional sem fins lucrativos, no que se refere a imóvel vago de sua propriedade, sem edificação. Permito-me transcrever parte do acórdão recorrido: "...apesar do artigo 150, inciso VI, letra "c" da Constituição Federal, ter criado a imunidade tributária sobre o patrimônio das "entidades educacionais" que especifica, o § 4º do mesmo dispositivo delimitou a sua incidência, ou seja, a aludida limitação tributária somente compreenderá o patrimônio, a renda e os serviços relacionais com as finalidades essenciais da entidade, daí o o porque no presente caso, prevalecer o argumento da Municipalidade de que o tributo em pauta foi lançado sobre imóvel "vago", sem edificação, o que afasta efetivamente – o direito da apelante

à imunidade Constitucional, já que o imóvel objeto dos questionados lançamentos não se enquadra na definição legal, razão pela qual não é ele contemplado com a pretendida benesse." (fl. 254) A partir da moldura fática delineada no v. acórdão, incontroverso que a recorrente é entidade de educação que possui também caráter assistencial. Ponto incontroverso nos autos, também, é que o imóvel está vago, sem edificação, resultando, para o acórdão recorrido, o seu não enquadramento na definição legal. (fl. 254) Todavia, essa situação fática, por si só, não é suficiente para afastar a imunidade, na esteira da jurisprudência desta Corte, que tem se inclinado à interpretação teleológica das normas de imunidade tributária, de modo a maximizar-lhes o potencial de efetividade, como garantia ou estímulo à concretização dos valores constitucionais que inspiram limitações ao poder de tributar. No RE nº 237.718, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence , o Pleno reconheceu que a imunidade tributária do patrimônio das entidades de assistência social alcança o IPTU incidente sobre o imóvel alugado a terceiro, desde que a renda seja aplicada em suas finalidades essenciais. Na ocasião, o Ministro Relator citando doutrina abalizada asseverou: "Parece clara a sintonia desses julgados com extratos doutrinários que vale ressaltar, porque reduzem à dimensão marcada pela teleologia do instituto da imunidade tributária a norma do § 2º do art. 150, CF, onde o recurso pretende alicerçar-se. A norma constitucional - quando se refere às rendas relacionadas à finalidades essenciais da entidade - observa Luciano Amaro (*in* Ives Gandra (coord), Imunidades Tributárias , CEU/RT, 1998, p. 143/51) - atém-se à destinação das rendas da entidade, e não à natureza destas (...): independentemente da natureza da renda, sendo esta destinada ao atendimento da finalidade essencial da entidade, a imunidade deve ser reconhecida . Seria um dislate - explica - supor que rendas relacionadas com as finalidades essenciais pudesse significar, restritivamente, rendas produzidas pelo objeto social da entidade . Freqüentemente, o entendimento do objeto social é motivo para despesas e não fonte de recursos. Fosse aquele o sentido, qualquer fonte de custeio da entidade que não derivasse dos próprios usuários de seus serviços ficaria fora do alcance da imunidade. Seria atribuir incoerência ao Texto Constitucional - acentua na mesma linha o douto Aires Bernadino (Ives Gandra, Coord, op. cit , p. 151, 171) - imaginar que ele tenha criado expressamente uma imunidade (a das rendas das entidades de assistência social) impossível de ser aplicada. Se for inviável à manutenção da imunidade o fato de virem a ser prestados serviços (ou obtidas rendas, de qualquer natureza), então o preceito imunitório é vazio, inaplicável, destituído de valor e de razão. A isso levará interpretação não teleológica e que despreze exegese sistemática do § 4º do art. 150 . Na mesma linha o voto da Ministra Ellen Gracie: "**Entendo que as finalidades essenciais das entidades beneficentes só conseguem ser atendidas exatamente pela utilização que fazem e pela obtenção de rendas através da locação desses patrimônios isentos."** Nesse sentido o AI nº 447.855/MG, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes , DJ 6/10/06: "Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Imunidade tributária. Instituição de educação. Art. 150, VI, c, da Constituição Federal. 3**. Imóvel locado não impede o alcance do benefício. Precedentes.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento." **No que se refere ao emprego das rendas nas atividades essenciais de tais entidades, evidente que, no caso, o que**

> **se discute é se o imóvel está sendo utilizado nas finalidades essenciais da entidade**. **E, para esta Corte, o fato de ele está locado ou vago não afasta a imunidade.** No particular, especialmente tratando de imóvel vago, cito julgado recente da Primeira Turma: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IPTU. ENTIDADE ASSISTENCIAL. IMÓVEL VAGO. IRRELEVÂNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO DESPROVIDO. 1. **A imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "c", da CF alcança todos os bens das entidades assistenciais de que cuida o referido dispositivo constitucional.** 2. Deveras, o acórdão recorrido decidiu em conformidade com o entendimento firmado por esta Suprema Corte, no sentido de se conferir a máxima efetividade ao art. 150, VI, "b" e "c", da CF, revogando a concessão da imunidade tributária ali Mendes, DJ 14.05.2004 e AI 447.855, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJ de 6.10.06. " predial do exercício anterior prevista somente quando há provas de que a utilização dos bens imóveis abrangidos pela imunidade tributária são estranhas àquelas consideradas essenciais para as suas finalidades. Precedentes: …..... 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (ARE nº 658080/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, Dje 13/12/11) Diante do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, para, desde já, conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento. Custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa pela recorrida, vencida. Publique-se. Brasília, 27 de fevereiro de 2013. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente. (AI 674339, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 27/02/2013, publicado em DJe-043 DIVULG 05/03/2013 PUBLIC 06/03/2013)

Com tais considerações, não se pode exigir da UNBEC, instituição de educação, sem fins lucrativos, o recolhimento do IPTU sobre os imóveis de sua propriedade, conforme a isenção proporcionada pelo art. 150, VI, "c"[4] , da Carta da República.

Feitas todas as considerações acerca da análise da remessa oficial e do recurso de apelação da Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica Tributária, passa-se às considerações acerca da Ação Cautelar Inominada em referência.

Aduziu a autora que o réu faz recusa em fornecer Certidão Negativa de um imóvel adjacente ao que já fora concedida imunidade em relação ao IPTU, inscritos sob os nºs. 294319-0 e 303196-9, bem como cobra a quantia de R$ 1.459.789,49 (hum milhão, quatrocentos e cinquenta e nove mil, setecentos e oitenta e nove reais e quarenta

4 Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

e nove centavos). Referidos imóveis foram negociados, uma vez que se encontra necessitando de valores para aplicá-los em melhorias dos serviços educacionais em vários colégios e faculdades. Requer o depósito imediato cobrado pelo réu a título de IPTU, pois efetivar a realização comercial necessita das Certidões Positivas.

A liminar foi atendida, conforme se verifica às fls. 63/67, enquanto o réu em contestação – fls. 74/81, vem pugnando pela reconsideração da decisão interlocutória.

Às fls. 112/113, novo despacho acolhendo o depósito judicial do montante de R$ 77.363,06 (setenta e sete mil, trezentos e sessenta e três reais e seis centavos) para pagamento de IPTU referente ao ano de 2013 dos imóveis inscritos na planilha anexada aos autos, para a expedição de certidão.

Não obstante a realidade da autora ser imune em relação ao IPTU, está sempre o réu a investir-lhe cobranças.

Aduziu a UNBEC que se encontram presentes os requisitos do *fumus boni iuris* – diante da prova inequívoca – e o *periculum in mora.*

Constitui entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência que, para a obtenção da tutela cautelar, é preciso demonstrar além das condições gerais e comuns a todas as ações (legitimidade da parte, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir), a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, de modo a se caracterizar a plausibilidade aparente da pretensão aviada e o perigo fundado de dano à ação futura que se pretende ajuizar ou aquela que esteja em andamento. Portanto, estando presentes os requisitos para a concessão da cautelar, poderá o julgador determinar as medidas que julgar pertinentes, nos termos do artigo 798 do Código de Processo Civil.

Para o ajuizamento da ação cautelar, não se afigura imprescindível a demonstração cabal da existência do direito material pretendido, até por ser este objeto de discussão e comprovação na demanda principal.

De tudo o que consta dos autos, pode-se concluir que há três situações a considerar. Uma, a ação declaratória do ano de 2005 que demonstra claramente ser uma sociedade civil sem fins lucrativos, de caráter filantrópicos, e que aplica a renda das locações ou vendas de seus imóveis na finalidade essencial da entidade. Segunda, a tributação de imóvel da autora situado vizinho ao que não é cobrado o imposto. Terceira, a própria municipalidade reconhece ser a autora imune de tributação.

É certo que para se alcançar uma providência de natureza cautelar, como já frisado antes, são necessários dois requisitos indispensáveis,quais sejam,o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, de modo a se caracterizar a plausibilidade aparente da pretensão aviada e o perigo de dano à parte requerente.

Humberto Theodoro Junior, dissertando sobre o *fumus boni iuris*, ensina que:

> "Para a ação cautelar, não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, frequentemente, é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no processo principal.
> Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o direito de ação, ou seja, o direito ao processo de mérito". (Curso de Direito Processual Civil, Editora Forense, 20ª edição, volume II. Pagina 371)

E mais adiante, sobre o perigo da demora, o mesmo autor acrescenta que:

> "Para a obtenção da tutela cautelar, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isto pode ocorrer quando haja risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal".(op. Cit., p. 372).

Nesse sentido, Nelson Nery Junior anota que:

> "Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado ('*fumus boni juris*') e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito ('*periculum in mora*'), caso se tenha de aguardar o trâmite normal do processo. Assim, a cautela visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução". (Código de Processo Civil Comentado, RT, 3ª ed., p. 910).

Destarte, havendo fundado receio de lesão grave a direito, de que possa resultar prejuízo às partes litigantes, com grande probabilidade de ocorrência de ato prejudicial, autoriza a lei a evitar a prática do dano, pelo abuso do direito, competindo ao Juízo, dentro do seu poder geral de cautela, assegurar do modo mais conveniente e menos gravoso a prestação à tutela jurídica pretendida pela parte.

Dessa forma, foi que entendi que se encontravam presentes o requisito do *fumus boni iuris*, mormente pela demora em tramitação da ação, de acordo com a prova constante dos autos, e o *periculum in mora*, pois que é evidente o perigo de lesão ao direito da ora autora.

À míngua de outras considerações, até mesmo porque desnecessárias no caso dos autos, confirmo a liminar já concedida em todos os seus termos.

Ex positis, CONHEÇO do recurso de apelação para NEGAR-LHE PROVIMENTO. Quanto ao reexame necessário, analiso a demanda para julgar a ação totalmente procedente, reformando a sentença de primeiro grau no sentido de reconhecer

a imunidade tributária da autora em todos os seus bens. No que concerne a Ação Cautelar Inominada, em apenso, julgo-a procedente, restando confirmada, portanto, a liminar antes concedida.

Em virtude desta decisão, condena-se o município de Fortaleza, ao pagamento das custas e nos honorários de advogado, os quais, por equidade, arbitro em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

É como voto.

Fortaleza/CE, 8 de outubro de 2013.

PROCESSO: 0464673-92.2000.8.06.0001 – APELAÇÃO
APELANTE: DEPARTAMENTO ESTADUAL DE RODOVIAS – DER
APELADO: PÉRICLES MAIA DE FIGUEIREDO
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. UTILIDADE PÚBLICA. VALOR INDENIZATÓRIO VERIFICADO POR PERÍCIA JUDICIAL. LAUDO REALIZADO COM PARTICIPAÇÃO DE TODAS AS PARTES. ENTIDADE DESAPROPRIANTE QUE ANUIU EXPRESSAMENTE COM A FORMA DE CÁLCULO PROPOSTA PELO LAUDO OFICIAL. RECURSO QUE SE APRESENTA COMO MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO VERIFICADO. NECESSIDADE DE ATUAR COM BOA-FÉ. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA. IMPOSIÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. RECURSO CONHECIDO, E IMPROVIDO COM A IMPOSIÇÃO DE MULTA.

ACÓRDÃO

Os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível, por unanimidade, conhecem do Recurso de Apelação Cível interposto pelo Departamento Estadual de Rodovias-Der para lhe negar provimento. Ocasião, ainda, em que se condenou a entidade recorrente, o DER, em 1% sobre o valor da causa, devidamente corrigida, tudo nos termos do voto da Exma. Des. Relatora.

Fortaleza, 21 de agosto de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação Cível interposto pelo Departamento Estadual de Rodovias – DER, autarquia estadual criada pelo Decreto Lei nº 1.847/46, em face da sentença acostada às págs. 530/532, mais tarde integralizada pela de págs. 551/555, que julgou procedente o pedido expropriatório do imóvel objeto do Decreto nº 25.729; publicado no Diário Oficial do Estado do Ceará que circulou em 11 de janeiro

de 2000 [*vide* doc. pág. 07]; reconhecendo, contudo, como devida ao Sr. Péricles Maia de Figueiredo, ora Apelado, o valor referente à diferença entre o montante ofertado pela entidade estatal em destaque - R$ 50.300,86 (cinquenta mil trezentos reais e oitenta e seis centavos) [*vide* doc. págs. 14/15] - e aquele apurado pela perícia judicial promovida em 15 de setembro de 2006 durante o processamento dessa demanda – R$ 69.747,25 (sessenta e nove mil, setecentos e quarenta e sete reais e vinte e cinco centavos) [*vide* doc. págs. 387/406]. Esses foram os termos em que restou vazado o dispositivo da decisão recorrida:

> Diante do exposto, fixo por sentença como justo valor da desapropriação aquele avaliado pelo perito nomeado por este juízo, R$ 69.747,25 (sessenta e nove mil, setecentos e quarenta e sete reais e vinte e cinco centavos), que deverá ser corrigido monetariamente a partir da data da perícia.
> Sobre eventual diferença apurada entre 80% (oitenta por cento) do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença, devem incidir juros compensatórios fixados no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, desde a imissão na posse (dia 10/04/2000) até o dia 13/09/2001; a partir de então, aplica-se o percentual de 12% (doze por cento) ao ano, até a data da expedição do precatório original.
> Fixo os juros moratórios no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, sendo devidos a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, em consonância com o disposto no art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/1941.
> Declaro incorporado ao patrimônio do desapropriante o imóvel descrito e caracterizado na inicial, servindo esta de título hábil à transferência do domínio ao expropriante.
> Esclareço, desde logo que a importância depositada pelo promovente também deverá ser objeto de atualização monetária, para fins de abatimento, uma vez que o demandado já promoveu o levantamento de 80% (oitenta por cento) daquela importância.
> Sem condenação em custas, tendo em vista a isenção do DERT.
> Condeno a parte autora em honorários advocatícios de 5% (cinco por cento) sobre a diferença entre o valor da indenização fixada e o preço oferecido nos termos do § 1º, do art. 27 do DL nº 3.365/41, bem como a ressarcir as despesas processuais e os honorários pagos ao assistente técnico pelo requerido (art. 20, *caput*, e § 2º do CPC). [*vide* págs. 554/555].

Recurso de Apelação oposto pelo DER às págs. 560/562, em que se argumenta que o valor da indenização estipulado na sentença recorrida estaria acima do que compreende ser o efetivamente devido, R$ 50.300,86 (cinquenta mil e trezentos reais e oitenta e seis centavos). Nessa esteira, afirma o Recorrente/Apelante que a diferença em questão resultaria do fato de que a pericia judicial que embasou a decisão recorrida [*vide* doc. págs. 387/406] teria levado em consideração para firmar o valor do terreno em que se assenta o imóvel desapropriado; desconsiderando-se, pois, aqui,

do valor total aquele referente as benfeitorias; o valor do metro quadrado vigente à época de sua realização que, como visto anteriormente, só ocorreu 6 (seis) anos após a expedição do decreto expropriatório [*vide* doc. pág. 07].

Em vista disso, compreende o Recorrente/Apelante que a decisão recorrida teria equivocado-se pois deveria ter levado em consideração quando da fixação do valor global do imóvel expropriado, o valor do terreno no momento da publicização do decreto expropriatório, e não, como teria se dado no presente caso, o valor do terreno após a implementação da obra pública para o qual o objeto expropriado se destinou. Quanto a isso, reproduz-se:

> Ocorre doutos julgadores, que a única prova na qual baseou-se o MM Juiz prolator da sentença, ou seja, o laudo pericial, é absolutamente imprestável para o fim a que se propõe, conforme adiante se demonstrará, não podemos deixar de ressaltar que o imóvel fora avaliado em R$ 50.300,86 (cinquenta mil, trezentos reais e oitenta e seis centavos) antes da publicação do Decreto de utilidade pública para fins de desapropriação em 2000, portanto já havia sofrido uma valorização.
> São inúmeros os equívocos cometidos pelo Sr. Perito, porém, o mais grave deles, aquele que redundou na enorme diferença entre o preço oferecido e aquele fixado na sentença foi o fato de ter a avaliação levado em conta não a situação do imóvel ANTES DA OBRA REALIZADA PELO EXPROPRIANTE, como dita a Lei mas a situação atual, ou seja, a situação do imóvel, altamente valorizado COM O DECORRER DOS ANOS. [*vide* pág. 561].

Contrarrazões recursais às págs. 572/574, pugnando pelo desprovimento do recurso ora analisado.

Os autos me foram distribuídos; em razão de prevenção verificada com o Agravo de Instrumento nº 38589-83.2004.8.06.0000, que tramitou sobre a relatoria do Exmo. Des. João de Deus Barros Bringel; no dia 03 de setembro de 2012, mesma data em que foram remetidos ao meu gabinete pela primeira vez.

Instado a se manifestar nos autos, o Ministério Público do Estado do Ceará, por compreender que não existe no caso em análise interesse público a justificar sua atuação, optou por não oferecer parecer.

É o breve relatório.

À Douta revisão.

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos, conheço do apelo, passando, em razão disso, a análise de suas razões:

Segundo o Apelante, o valor global do imóvel expropriado fixado pela sentença *a quo* não refletiria a realidade, uma vez que a perícia judicial que serviu para fundamentar teria tomado como base para fixar o valor devido pela terreno; excluindo-se, aqui, as eventuais benfeitorias; índices vigentes quando de sua realização - em 15 de setembro de 2006 - e não, como seria o correto, os que vigoravam quando da expedição do decreto expropriatório do imóvel em discussão - 11 de janeiro de 2000.

Ocorre, porém, que analisando os autos digitais em sua completude, observei, às págs. 361/362, manifestação do próprio Recorrente/Apelante expedida após ser instada a se manifestar a respeito do resultado da perícia judicial, agora tida por incorreta. Nessa, vê-se, de forma clara, que o Recorrente concordou com a metodologia utilizada pelo profissional responsável pela confecção do multicitado laudo pericial quando da fixação do valor do terreno do imóvel do expropriado. Nesse prumo, veja-se o que afirmou o Recorrente quando instado a se manifestar sobre o laudo agora tido por incorreto:

> Instada esta autarquia a se manifestar sobre o aludido pericial, vem, com o cordial respeito a este juízo informar que a comissão de avaliação deste órgão ao proceder análise técnica do laudo pericial ora atacado, concluiu que oportunamente no primeiro laudo avaliatório por ela apresentado para metro quadrado do terreno foram encontrados os seguintes valores: R$ 14,97 (quatorze reais e noventa e sete centavos), como valor inferior e R$ 24,45 (vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos), como valor superior. O Sr. Perito fixou o valor do metro quadrado em R$ 19,71 (dezenove reais e setenta e um centavos), tendo encontrado este valor pela média aritmética dos valores indicados pelo DERT, sendo assim, contra este item da avaliação nada tem o DERT a opor. [*vide* pág. 361].

Como se vê, a entidade autárquica recorrente, de forma expressa e no momento oportuno, concordou com a avaliação realizada pelo perito judicial responsável pelo laudo que fundamentou a decisão recorrida.

Outrossim, tomando como base o teor do explicitado na parte conclusiva do multicitado laudo técnico [*vide* pág. 399], restou claro que o valor do terreno a que chegou seu responsável tomou como base indicadores utilizados pelo próprio Recorrente quando esse formulou sua proposta de indenização nos idos de 2000, todavia, e isso foi feito ao meu ver de forma acertada, não se levando o valor mínimo do metro quadrado verificado na região do imóvel, R$ 14,97 (quatorze reais e noventa e sete centavos), e sim tomando como indicador uma média aritmética formulada também com base no valor mais alto, R$ 24,45 (vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos), razão pela qual se chegou ao índice de R$ 19,71 (dezenove reais e setenta e um centavos) por metro quadrado desapropriado, utilizado na perícia judicial. A esse respeito, veja-se a fundamentação depreendida por seu técnico responsável:

> Quanto ao preço estabelecido para o terreno objeto do processo de desapropriação, apesar do método adotado ser aceito como adequado para esses casos, o resultado da avaliação peca pelo fato de ter sido eleito como valor unitário o limite inferior da faixa estabelecida, no intuito visível de beneficiar o avaliador e promotor da ação de desapropriação, ou seja, o Estado do Ceará, através do Departamento de Edificações, Rodovias e Transportes – DERT. Salvo melhor juízo, acreditamos que o valor que traduz de forma mais justa o preço unitário da área em questão seria a média aritmética dos valores limites encontrados, atingindo o valo de R$ 19,71 (dezenove reias e setenta e um centavos), valor que aplicado à área em questão, implica no valor de R$ 46.880,24 (quarenta e seis mil, oitocentos e oitenta reais e vinte e quatro centavos). [*vide* pág. 399]

E, na sequência, concluiu o perito responsável:

> Considerando a conclusão do presente Laudo de Avaliação, o valor total encontrado para o terreno objeto da desapropriação e as benfeitorias nele existentes seria de R$ 69,747,25 (sessenta e nove mil, setecentos e quarenta e sete reais e vinte e cinco centavos), resultando, relativamente à perícia anteriormente realizada, em uma diferença a favor do requerido de R$ 19.446,39 (dezenove mil, quatrocentos e quarenta e seis reais e trinta e nove centavos). [*idem*]

Isso posto, em vista dos argumentos acima ventilados, conheço do Recurso de Apelação Cível interposto pelo DER, para desprovê-lo, mantendo, assim, os termos da sentença combatida.

Por fim, após profundas reflexões, concluí que o comportamento do DER; consistente em deduzir recurso com base em fundamento que a própria entidade, como visto anteriormente, entendeu como correto para o deslinde da situação posta em juízo; apresenta-se; em conformidade com a previsão inserta nos arts. 16 e 17, incs. I e VII, todos do Código Processo Civil/CPC; como manifestamente protelatório, razão essa por que condeno; nos termos do art. 18, *caput*, do diploma legislativo *retro;* o Apelante ao pagamento de multa no montante de 1% sobre o valor dado a causa, devidamente corrigida, a ser liquidado por ocasião da execução.

É como voto.

Fortaleza, 21 de agosto de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL N. 4968-11.2006.8.06.0167/1
APELANTE: MARIA DA CONCEIÇÃO MORAIS
APELADO: MARIA GORETTI MACEDO MELO
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. 1) AGRAVO RETIDO: SUSPENSÃO DA AÇÃO POSSESSÓRIA EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE AÇÃO DE USUCAPIÃO, NOS TERMOS DO ART. 11 DO ESTATUTO DA CIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ANTERIOR AJUIZAMENTO DA AÇÃO CAUTELAR DE NOTIFICAÇÃO. CONTRADITA DE TESTEMUNHA. CAUSA SUPERVENIENTE. NÃO OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO DO ART. 414, §1º DO CPC. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AGRAVO RETIDO CONHECIDO E DESPROVIDO. 2) RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL: DEPOIMENTO PESSOAL POR MEIO DE PROCURADOR MUNIDO DE PODERES ESPECIAIS. IMPOSSIBILIDADE. POSICIONAMENTO DO STJ. NULIDADE RELATIVA. PRINCÍPIO DO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". CONTRATO DE COMODATO VERBAL. COMPROVAÇÃO NOS AUTOS. NOTIFICAÇÃO JUDICIAL PARA DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. ESBULHO CONFIGURADO. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDO E DESPROVIDO.

1) O cerne da questão controvertida consiste em analisar o direito de posse sobre o imóvel em litígio, levando-se em consideração a anterior propositura de uma ação de usucapião, bem como a provável existência de um contrato de comodato verbal.

2) Inicialmente, cumpre analisar o Agravo Retido interposto durante a audiência de instrução e reafirmado em sede de Recurso de Apelação: 1) NO QUE TANGE À SUSPENSÃO DA VERTENTE AÇÃO POSSESSÓRIA EM RAZÃO DA ANTERIOR EXISTÊNCIA DE UMA AÇÃO DE USUCAPIÃO: Analisando os fólios, constata-

se que a mencionada Ação de Usucapião foi intentada em 05/05/2006; ao passo que a vertente Ação de Reintegração de Posse foi oferecida em 16/06/2006. Contudo, cumpre ressaltar a existência de uma Ação Cautelar de Notificação, cuja data de protocolo é de 28/03/2006. Consoante justificou o Magistrado "a quo", foi no momento da propositura da cautelar que se iniciou a litigiosidade sobre o bem imóvel; razão pela qual não há como se aplicar a regra do art. 11 da Lei de n. 10.257/01, vez que para que haja a suspensão da ação possessória, é imprescindível que a Ação de Usucapião seja anterior – o que no caso não se verifica. Deveras a parte autora/apelada, por meio da Ação Cautelar de Notificação demonstrou o interesse em proteger sua posse, motivo pelo qual não há que se falar em suspensão do presente feito. 2) CONTRADITA DE TESTEMUNHA, APÓS O INÍCIO DE SEU DEPOIMENTO, EM RAZÃO DE FATO IMPEDITIVO SUPERVENIENTE: possibilidade de suscitação de contradita, durante a tomada de depoimento, caso sobrevenha conhecimento de fato que se subsuma a qualquer das hipóteses excludentes da capacidade. No caso em jaez, o Magistrado "a quo" não observou o procedimento específico da contradita previsto no art. 414, §1º do CPC. A falha processual importa nulidade relativa, que não enseja maiores prejuízos à parte ré/apelante, vez que as informações trazidas pela testemunha apenas corroboram os dados fáticos levantados pelos outros depoentes. Logo, o referido depoimento testemunhal não foi decisivo para o deslinde da causa, tampouco influenciou de forma contundente o convencimento do magistrado, ante a presença de outros elementos nos autos que comprovam a existência do contrato de comodato verbal. Incidência do princípio "pas de nullité sans grief". AGRAVO RETIDO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1) Recurso de Apelação, que circunscreve-se em três pontos, a saber: a) a imprescindibilidade de suspensão da presente ação possessória, em razão da pendência da ação de usucapião, anteriormente proposta pela insurgente; b) invalidade de depoimento pessoal prestado por meio de procurador;

c) ausência de elementos probatórios que comprovem a existência do contrato verbal de comodato.
2) Quanto ao pleito de suspensão da vertente ação, em razão da existência do trâmite da ação de usucapião, vê-se que a questão foi amplamente debatida e decidida anteriormente, quando da análise do Agravo Retido.
3) No que tange ao depoimento pessoal prestado mediante procurador com poderes especiais, em que pese o STJ entender pela impossibilidade da hipótese (REsp 623.575/RO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2004, DJ 07/03/2005, p. 250), vê-se que tal depoimento não foi fundamental para o deslinde da causa, ante a existência de outros meios probatórios, aptos a formar o convencimento do magistrado. Mais uma vez, incidência do princípio do *"pas de nullité sans grief"*.
4) Consoante os elementos colacionados aos autos, verifica-se que a proprietária do imóvel - demandante/apelada, mediante liberalidade, permitiu que sua avó residisse no imóvel, assim como a demandada/insurgente, após o falecimento daquela. Todavia, antes mesmo do início da ação de usucapião aqui já mencionada, agitou a recorrida Ação de Notificação Judicial contra a comodatária com o intuito de que esta desocupasse o imóvel, o que afasta a negligência intrínseca ao dono que abandona seu bem ao alvedrio de possuidor. Dessarte, não há que se falar em usucapião, ante a inexistência do "animus domini" da posse da apelante, que se dera mediante título precário – contrato de comodato verbal.
5) RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDO E DESPROVIDO, A FIM DE MANTER INCÓLUME A SENTENÇA 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, a fim de NEGAR-LHE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Cuidam-se os presentes autos de Apelação Cível, interposta por MARIA DA CONCEIÇÃO MORAIS, em desfavor de MARIA GORETTI MACEDO MELO, objetivando a reforma da sentença oriunda do Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Sobral.

Inicialmente, foi ajuizada Ação de Reintegração de Posse com pedido de liminar – Processo nº 4968-11.2006.8.06.0167/1, por meio da qual a parte autora alegou ser proprietária do imóvel em litígio, bem como a existência de contrato de comodato verbal, o qual possibilitou à parte ré a sua permanência no bem.

Agravo retido à fl. 113, durante a audiência de instrução, através do qual a parte promovida requer o sobrestamento da ação possessória até o ulterior deslinde da ação de usucapião proposta pela ré, assim como contradita a testemunha Reginaldo Silva da Costa.

Sentença às fls. 150/160, por meio da qual a pretensão autoral foi acolhida, a fim de reintegrar a demandante na posse do imóvel.

Recurso de Apelação às fls. 163/169, em que a Sra. MARIA DA CONCEIÇÃO MORAIS, pugna pela apreciação do Agravo Retido anteriormente interposto, bem como se insurge contra a sentença "a quo", argumentando, em suma:

> a) a imprescindibilidade de suspensão da presente ação possessória, em razão da pendência da ação de usucapião, anteriormente proposta pela insurgente;
> b) ausência de elementos probatórios que comprovem a existência do contrato verbal de comodato – ônus que incumbia a parte autora;
> c) "o depoimento pessoal, diferentemente da confissão, não pode ser feito por procurador, pois de caráter pessoal". "Portanto, o Juízo *a quo* deveria ter aplicado a pena de confesso à autora/apelada que não compareceu conforme intimação".

Contrarrazões às fls. 173/178.

Empós as formalidades legais, os autos foram enviados a este egrégio Tribunal de Justiça e remetidos à douta Procuradoria Geral de Justiça para manifestação.

Às fls. 196/203, a nobre Representante do Ministério Público atuante no 2º grau posicionou-se pela manutenção da sentença.

Eis o relatório.

Ao revisor.

Peço data para julgamento.

Fortaleza, 08 de fevereiro de 2013.

VOTO

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

O cerne da questão controvertida consiste em analisar o direito de posse sobre o imóvel em litígio, levando-se em consideração a anterior propositura de uma ação de usucapião, bem como a provável existência de um contrato de comodato verbal.

Inicialmente, cumpre analisar o Agravo Retido interposto durante a audiência de instrução, consoante o termo de fl. 113.

O primeiro ponto a ser analisado, também suscitado no presente Recurso de Apelação, consiste na suspensão da ação possessória em razão da existência de uma ação de usucapião, nos termos do art. 11 do Estatuto da Cidade:

> Art. 11. Na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo. (sem grifos no original).

Analisando os fólios, constata-se que a mencionada Ação de Usucapião, registrada sob o n. 5719-95.2006.8.06.0167/0, foi intentada em 05/05/2006; ao passo que a vertente Ação de Reintegração de Posse foi oferecida em 16/06/2006. Contudo, cumpre ressaltar a existência de uma Ação Cautelar de Notificação, cuja data de protocolo é de 28/03/2006.

Consoante justificou o Magistrado "a quo", foi no momento da propositura da cautelar que se iniciou a litigiosidade sobre o bem imóvel; razão pela qual não há como se aplicar a regra do art. 11 da Lei de n. 10.257/01, vez que para que haja a suspensão da ação possessória, é imprescindível que a Ação de Usucapião seja anterior – o que no caso não se verifica. Deveras a parte autora/apelada, por meio da Ação Cautelar de Notificação demonstrou o interesse em proteger sua posse, motivo pelo qual não há que se falar em suspensão do presente feito.

Por fim, ainda sob a análise das razões expendidas no Agravo Retido, no que tange ao depoimento da testemunha Reginaldo Silva da Costa, cumpre observar que a suposta causa de suspeição surgiu após a prestação de compromisso, durante o relato dos fatos.

Consoante lecionam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, "se, após, a tomada do depoimento, sobrevém conhecimento de fato que se subsuma a qualquer das hipóteses excludentes da capacidade, será permitido à parte suscitar contradita. A preclusão não é eficaz em relação a fatos que se revelam em momento posterior ao do seu surgimento."(*in* Curso de Processual Civil, 5ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, pág. 222).

No caso em jaez, incumbiria ao Magistrado adotar o procedimento previsto no art. 414, §1º do CPC:

> Art. 414. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarando o nome por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil, bem como se tem relações de parentesco com a parte, ou interesse no objeto do processo.
> **§1º É lícito à parte contraditar a testemunha, argüindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição. Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, a parte poderá provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até três, apresentada no ato e inquiridas em separado. Sendo provados ou confessados os fatos, o juiz dispensará a testemunha, ou Ihe tomará o depoimento, observando o disposto no art. 405, § 4o.** (sem grifos no original)

Entrementes, preferiu o julgador singular rejeitar *in limine* a contradita ofertada, não observando, portanto, a regra processual acima reproduzida.

A falha processual importa nulidade relativa, que não enseja maiores prejuízos à parte ré/apelante, vez que as informações trazidas pela testemunha Reginaldo Silva da Costa apenas corroboram os dados fáticos levantados pelos outros depoentes. Logo, o referido depoimento testemunhal não foi decisivo para o deslinde da causa, tampouco influenciou de forma contundente o convencimento do magistrado, ante a presença de outros elementos nos autos que comprovam a existência do contrato de comodato verbal. Incidência do princípio "*pas de nullité sans grief*":

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZOS PROCESSUAIS. NÃO VERIFICAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 05 E 07/STJ. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 132 E 447 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.
> 1. Não se verifica a suscitada violação ao art. 535 do CPC, porquanto as questões submetidas ao Tribunal de origem foram suficiente e adequadamente delineadas com abordagem integral do tema e fundamentação compatível.
> **2. Ante a ausência de efetivo prejuízo processual, não há que se falar nas pretendidas nulidades, relativas à ausência de qualificação contábil do perito, à obrigatoriedade de conversão do rito sumário em ordinário e ao acolhimento da contradita de uma das testemunhas da agravante fora das hipóteses legais. Incidência do princípio "pas de nullité sans grief". Precedentes.** [...]
> (AgRg no Ag 739.116/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 15/09/2008) (sem grifos nos originais).

Ante o exposto, conheço o Agravo Retido, entretanto para lhe negar provimento.

Passo à análise do Recurso de Apelação, que circunscreve-se em três pontos, a saber: a) a imprescindibilidade de suspensão da presente ação possessória, em razão da pendência da ação de usucapião, anteriormente proposta pela insurgente; b) "o depoimento pessoal, diferentemente da confissão, não pode ser feito por procurador, pois de caráter pessoal". "Portanto, o Juízo *a quo* deveria ter aplicado a pena de confesso à autora/apelada que não compareceu conforme intimação"*;* c) ausência de elementos probatórios que comprovem a existência do contrato verbal de comodato – ônus que incumbia a parte autora.

Quanto ao pleito de suspensão da vertente ação, em razão da existência do trâmite da ação de usucapião, vê-se que a questão foi amplamente debatida e decidida anteriormente, quando da análise do Agravo Retido.

No que tange ao depoimento pessoal prestado mediante procurador com poderes especiais, em que pese o STJ entender que "O depoimento pessoal é ato personalíssimo, em que a parte revela ciência própria sobre determinado fato", (REsp 623.575/RO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2004, DJ 07/03/2005, p. 250), vê-se que tal depoimento não foi fundamental para o deslinde da causa, ante a existência de outros meios probatórios, aptos a formar o convencimento do magistrado. Mais uma vez, incidência do princípio do "*pas de nullité sans grief*"

Portanto, impende averiguar, pelos elementos probatórios jacentes aos autos, a existência, de fato, do contrato de comodato verbal entre a apelante, outrora ré, e a Sra. MARIA GORETTI MACEDO MELO.

Consoante restou demonstrado nos fólios, o imóvel litigioso pertence à Sra. MARIA GORETTI MACEDO MELO (escritura pública às fls. 18/20). Pelos relatos das testemunhas, constata-se que, por cerca de vários anos, o bem foi ocupado pela avó da demandante/apelada, com a qual residia a insurgente, Sra. MARIA DA CONCEIÇÃO MORAIS, que a auxiliava.

Após a morte da avó da promovente/recorrida, a apelante permaneceu no imóvel, não obstante a legitima proprietária do bem a tenha notificado judicialmente a desocupar o imóvel (cópia da ação cautelar às fls. 13/15).

Dessarte, não há que se falar em usucapião, ante a inexistência do *animus domini* da posse da apelante, que se dera mediante título precário – contrato de comodato verbal.

Com efeito, a proprietária do imóvel, mediante liberalidade, permitiu que sua avó residisse no imóvel, assim como a insurgente, após o falecimento daquela. Todavia, antes mesmo do início da ação de usucapião aqui já mencionada, agitou a

Sra. MARIA GORETTI MACEDO MELO Ação de Notificação Judicial contra a comodatária com o intuito de que esta desocupasse o imóvel, o que afasta a negligência intrínseca ao dono que abandona seu bem ao alvedrio de possuidor. Neste sentido:

> AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. COMODATO VERBAL SEM PRAZO DETERMINADO. PEDIDO DE DESOCUPAÇÃO. NOTIFICAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DA PROVA DE URGÊNCIA OU NECESSIDADE IMPREVISTA DE RETOMADA DO BEM. SÚMULA STJ/83.
> 1.- Dado em comodato o imóvel, mediante contrato verbal sem prazo determinado, é suficiente para a sua extinção a notificação ao comodatário da pretensão de retomada do bem, sendo prescindível a prova de necessidade imprevista e urgente do bem. Precedentes. 2.- Agravo Regimental improvido.
> (AgRg no REsp 1136200/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011)
>
> REINTEGRAÇÃO DE POSSE. COMODATO SEM PRAZO DETERMINADO. COMODATÁRIO COMUNICADO PARA DESOCUPAR O IMÓVEL. NÃO DEVOLUÇÃO. ESBULHO DEMONSTRADO.
> 1. A controvérsia a ser dirimida nestes autos diz respeito a reintegração de posse de imóvel objeto de contrato de comodato verbal firmado entre os litigantes e a fixação de aluguel em razão do atraso na restituição. 2. O comodato restou devidamente provado pelos depoimentos testemunhais, bem como a notificação para devolução do imóvel, de modo que resta suficientemente demonstrado o esbulho. O promovente comprovou o cumprimento dos requisitos da reintegração de posse previsto no Art. 927 do CPC, ou seja, a sua posse, o esbulho praticado pelo réu e a data deste último. 4. Não existe nenhuma irregularidade na fixação de aluguel pelo atraso na restituição do bem, circunstância expressamente prevista no Art. 582 do CC/02, aplicável à espécie. - Apelação conhecida e desprovida. - Sentença mantida. - Unânime.
> (TJCE - 12202200880600951 – Relator(a): MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE - Órgão julgador: 4ª Câmara Cível - Data de registro: 06/05/2011).
> (sem grifos no original)

Por todo exposto, conheço o Agravo Retido, de fl. 113, para negar-lhe provimento. Outrossim, conheço o Recurso de Apelação interposto, no entanto para negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença vergastada.

É como voto.

Fortaleza, 4 de março de 2013.

PROCESSO Nº 0005474-05.2006.8.06.0064 – APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA: FORTALEZA
APELANTE: ERLANIA MARIA ROCHA DE OLIVEIRA
APELADA: EDITORA MODERNA, PEDRO HENRIQUE DE FREITAS MARTINS e BRADESCO LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÌVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VÍTIMA FATAL. CULPA OU FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA OU DE TERCEIRO. CICLISTA ATINGIDO NA PISTA DE ROLAMENTO DA RODOVIA. AUSÊNCIA DO NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO AGENTE E O DANO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MOTORISTA DO VEÍCULO ATROPELADOR NÃO CONFIGURADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. SENTENÇA CONFIRMADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível, em que figuram as partes acima indicadas, acorda a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade, em conhecer da apelação, PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por ERLANIA MARIA ROCHA DE OLIVEIRA, impugnando sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Caucaia, nos autos da Ação Ordinária nº 2006.0025.1786-8, que tem como réus EDITORA MODERNA LTDA, PEDRO HENRIQUE DE FREITAS MARTINS e BRADESCO LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S.A, para julgar improcedente o pedido formulado pela ora recorrente.

A autora afirma que foi casada com Francisco Marlos de Oliveira, falecido em 01 de fevereiro de 2006, às 21:30 horas, vítima de atropelamento, ao ser atingido pelo veículo Fiat Palio Fire, de placas AMX 2353, de propriedade da BRADESCO LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S.A e arrendado à EDITORA MODERNA LTDA, na ocasião dirigido por PEDRO HENRIQUE DE FREITAS MARTINS, fato esse

ocorrido na Rodovia BR 222, Km 7, proximidades da Ponte dos Tapebas, localidade da Tapabuá, no Município de Caucaia. Aduz ser patente a culpa do motorista do veículo pelo óbito da vítima, "por dirigi-lo sem observância das regras de trânsito, sem as cautelas devidas, e com excesso de velocidade". Relata que a "vítima trabalhava na Empresa PRECIL, na função de vendedor de pré-moldado, onde possuía uma renda mensal de comissão no valor de R$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais)", quantia essa a ser considerada para fins de fixação da indenização em R$ 225.400,00 (duzentos e vinte e cinco mil e quatrocentos reais).

Os réus EDITORA MODERNA LTDA e PEDRO HENRIQUE DE FREITAS MARTINS afirmam, em sua peça de defesa, que a vítima estava em uma bicicleta, discutindo com supostos assaltantes, quando um deles, ao dar-lhe um repelão, fê-lo invadir abruptamente a pista de rolamento da rodovia, na exata ocasião em que o veículo dirigido pelo último contestante trafegava pelo local, atingindo-o fatalmente (fls 83/92).

A ré BRADESCO LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S A, ao contestar o pedido inicial, alega as preliminares de incompetência absoluta do juízo e de ilegitimidade passiva. No mérito, assinala a ausência de nexo causal.

O juiz de primeiro grau extinguiu o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, inciso VI, do CPC, em relação à BRADESCO LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S.A, e julgou improcedente o pedido formulado na inicial, relativamente aos demais réus. Concluiu a sentença recorrida que "a empresa de arrendamento mercantil que figura como proprietária do veículo não tem legitimidade para responder pelos danos provocados em decorrência de acidente de trânsito envolvendo o veículo arrendado" e que "no momento do acidente a vítima encontrava-se numa rodovia e pilotava uma bicicleta, tendo adentrado na pista destinada aos veículos automotores em virtude de circunstâncias alheias a vontade dos requeridos, inexistindo conduta culposa atribuível a qualquer dos demandados".

A sentença foi impugnada pela autora, através do recurso previsto no art. 513 do CPC.

Nas razões do apelo, a recorrente assevera que "ficou perfeitamente provado, nos Autos, a culpa do empregado da Empresa", pois "se ele dirigisse com a devida cautela", "o fato não teria ocorrido". Acrescenta que o motorista atropelador, "de maneira irresponsável, aproximou demasiadamente o seu veículo da frágil bicicleta que trafegava a sua frente". Assim, "se o motorista conscientemente aproximou o seu veículo da bicicleta assumiu com certeza o risco de causar o acidente fatal", estando provado nos autos que "o veículo se aproximou demasiadamente da bicicleta, de maneira imprudente" (fls 259/264).

Houve resposta ao recurso (fls 268/272).

É, no essencial, o que havia a relatar**.**

Revistos e incluídos em pauta para julgamento.

VOTO

Consoante relatado, insurge-se a apelante contra a sentença que julgou improcedente o pedido de condenação dos réus EDITORA MODERNA LTDA e PEDRO HENRIQUE DE FREITAS MARTINS na obrigação de indenizar os danos que diz serem decorrentes do acidente de trânsito descrito na inicial, do qual resultou a morte de seu ex-cônjuge.

Ao julgar improcedente o pedido inicial, a sentença recorrida concluiu não haver "conduta culposa atribuível a qualquer dos demandados".

Cumpre registrar, inicialmente, que não houve produção de prova testemunhal em juízo. Consta dos autos apenas depoimentos das testemunhas inquiridas pela autoridade policial, no inquérito instaurado para investigar o acidente que vitimou FRANCISCO MARLOS DE OLIVEIRA, mas que não foram reiterados em juízo, sob o crivo do contraditório.

Vale ressaltar ainda que, ao tempo do acidente, o motorista estava devidamente habilitado para conduzir o veículo (fls 23).

Diz a autora/apelante que o condutor do veículo que vitimou fatalmente Francisco Marlos de Oliveira naquela ocasião dirigia "sem observância das regras e trânsito, sem as cautelas devidas, e com excesso de velocidade".

É necessário ter presente que os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual são a conduta, o dano e o nexo causal.

In casu, a conduta do motorista do veículo está provada, eis que ele próprio afirma estar na direção do veículo atropelador, por ocasião do acidente. O dano, de igual modo, está demonstrado, vez que o acidente foi a causa do óbito do ex-cônjuge da autora (fls 9 e 60/61).

Todavia, ao exame dos elementos de convicção existentes nos autos constata-se que a autora não logrou demonstrar, como se lhe impunha, por força do quanto disposto no art. 333, inciso I, do CPC, a existência do nexo causal entre a conduta imputada ao apelado PEDRO HENRIQUE DE FREITAS MARTINS e o óbito de FRANCISCO MARLOS DE OLIVEIRA. Falta, portanto, um dos pressupostos da responsabilidade civil, qual seja, o nexo de causalidade.

Na responsabilidade civil subjetiva de que trata o art. 186, do Código Civil, tanto a culpa exclusiva da vítima, quanto a culpa exclusiva de terceiro, excluem o liame causal entre a conduta do agente e o resultado danoso.

Não há tal previsão em lei, mas a doutrina sustenta, a uma só voz, que a culpa ou o fato exclusivo da vítima elimina o nexo da causalidade entre a conduta do agente e o dano. Confira-se, *verbis:*

> Não raras vezes a própria vítima contribui para a produção do dano, circunstância a qual o Direito não se pode conservar estranho. Em face do silêncio do Código Civil, **doutrina e jurisprudência construíram uma excludente de responsabilidade civil fundada na ideia de 'culpa exclusiva da vítima'**. Com efeito, **quando o resultado danoso é consequência direta e imediata da atuação exclusiva da vítima, é ela própria quem deve suportar o prejuízo.**
> Quando há fato exclusivo da vítima, ensina Sílvio Rodrigues, "o agente que causa diretamente o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo, realmente, falar em liame de causalidade entre seu ato e o prejuízo por aquela experimentado". **A conduta da vítima absorve totalmente a atuação do agente, que funcionará como mera ferramenta na produção do evento danoso.**
> **A 'culpa exclusiva da vítima' é uma excludente de responsabilidade civil que interfere no liame que vincula a conduta do agente ao dano.** Dessa forma, até mesmo na responsabilidade civil objetiva, com esta excludente, o agente fica isento do dever de indenizar. Isto é assim porque, embora a responsabilidade objetiva independa de culpa, **a ação exclusiva da vítima afeta, frise-se, o nexo causal que o associa ao dano.** (Gisela Sampaio da Cruz, *in* O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil, RENOVAR, 2005, p. 165/169)
>
> **Admite-se como causa de isenção da responsabilidade o que se chama culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pela qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso.**
> ... há culpas que excluem a culpa de outrem. **Sua intervenção no evento é tão decisiva que deixa sem relevância outros fatos culposos porventura intervenientes no acontecimento.** (José de Aguiar Dias, Da Responsabilidade Civil, RENOVAR, 2006, p. 944/946)
>
> A culpa exclusiva da vítima – pondera Sílvio Rodrigues – é causa de exclusão do próprio nexo causal, porque o agente, aparentemente causador direto do dano, é mero instrumento …
> A boa técnica recomenda falar em fato exclusivo da vítima, em lugar de culpa exclusiva. O problema, como se viu, desloca-se para o terreno do nexo causal, e não da culpa. (…)
> Advirta-se, uma vez mais, portanto, que o fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexo causal em relação ao aparentemente causador do dano, pelo que não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em causa de isenção da responsabilidade. (Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, Atlas, 8ª ed., p. 64)

De igual modo, o fato ou a culpa exclusiva de terceiro rompe o vínculo causal. Em sede doutrinária, essa compreensão também é unânime. Veja-se:

> Outra **causa que exclui a responsabilidade do agente é o fato exclusivo de terceiro que**, assim como o fato exclusivo da vítima, **interrompe o curso causal que unia o agente ao dano**: 'Ocorre o dano, identifica-se o responsável aparente, mas não incorre este em responsabilidade, porque foi a conduta do terceiro que interveio para negar a equação agente-vítima, ou para afastar do nexo causal o indigitado autor'.
> A participação do terceiro na causação do dano pode ocorrer de maneira total ou parcial. Na primeira hipótese, **o dano é causado exclusivamente pelo terceiro**; na segunda, o terceiro é apenas o co-partícipe, ou elemento concorrente no desfecho prejudicial. Apenas no primeiro caso é que **se verifica a eliminação do nexo causal, com a consequente exclusão da responsabilidade do agente**. Quando a participação do terceiro é parcial e o agente concorre com ela na produção do evento danoso, o agente também concorrerá na composição das perdas e danos.
> Nas relações obrigacionais, a conceituação de terceiro não apresenta tantas dificuldades. Trata-se, pois, daquele que não é parte no negócio jurídico, mas sofre seus efeitos ou, de alguma forma, altera seu resultado.
> No Código Civil brasileiro, à semelhança do Code Napoleón, não há alusão expressa ao fato de terceiro como excludente de responsabilidade civil.
> **… o terceiro não pode ser nem a vítima, tampouco o próprio agente. Considera-se terceiro qualquer outra pessoa, estranha a esse binômio, que direta e imediatamente interfira na produção do dano.**
> … o fato de terceiro não se presume. **O agente** – responsável aparente – **deve provar**, quando demandado, **não só sua existência, mas também o nexo causal que liga a ação do terceiro ao dano.**
> Não é, contudo, qualquer fato de terceiro que elimina o nexo causal que liga a conduta do agente ao dano. **É preciso que a ação do terceiro atraia, na totalidade, os efeitos do fato prejudicial e, em consequência, exclua a responsabilidade, direta e indireta, do agente.** (Gisela Sampaio da Cruz, *in* O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil, RENOVAR, 2005, p. 178/180)
>
> **O fato de terceiro pode**, também, **constituir motivo de isenção da responsabilidade civil.**
> ... **quando** realmente **constitui causa estranha** ... **quando elimine**, totalmente, **a relação de causalidade** ...
> **Em última análise, todo fato que importe exoneração de responsabilidade tira esse efeito da circunstância de representar a negação de causalidade.** (José de Aguiar Dias, Da Responsabilidade Civil, RENOVAR, 2006, p. 925/926)
>
> **… não raro, acontece que o ato de terceiro é a causa exclusiva do evento, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e a vítima. (…)**
> Em casos que tais, o fato de terceiro, segundo a opinião dominante, equipara-se ao caso fortuito ou força maior, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável. (Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, Atlas, 8ª ed., p. 65)

O laudo pericial elaborado pelo Instituto de Criminalística descreve que o motorista do veículo atropelador “acionou o sistema de freios deixando uma frenagem

de 35 metros, ocasião em que abalroou seu setor dianteiro direito contra uma bicicleta e consequentemente seu proprietário que se encontravam no meio da pista". Concluíram os peritos, ao final, que "a causa do acidente deveu-se ao posicionamento da vítima no meio da pista". É certo, portanto, que a vítima foi atingida à noite e na pista de rolamento dos veículos, conforme afirmado conclusivamente pelos peritos elaboradores do laudo que instrui os autos.

O Código Brasileiro de Trânsito contém norma expressa disciplinando a circulação de bicicletas nas vias urbanas e rurais, *verbis:*

> Art. 58. Nas vias urbanas e nas rurais de pista dupla, a circulação de bicicletas deverá ocorrer, quando não houver ciclovia, ciclofaixa, ou acostamento, ou quando não for possível a utilização destes, nos bordos da pista de rolamento, no mesmo sentido de circulação regulamentado para a via, com preferência sobre os veículos automotores.

Presente tal ordem de ideais, é correto afirmar que o fato de a vítima estar na pista de rolamento da rodovia, por ocasião do acidente, ainda que para se defender da ação de assaltantes, exclui o nexo causal entre a conduta do motorista do veículo e o evento morte da vítima.

Ressalte-se, ademais, que não há prova nos autos de que o motorista do veículo estivesse conduzindo com excesso de velocidade, na ocasião do acidente, como afirmado na inicial.

Inexiste, também, prova de direção "sem observância das regras de trânsito, sem as cautelas devidas".

O Código de Trânsito define como infração de trânsito e sanciona o condutor de veículo motorizado que não mantém a distância mínima de um metro e cinquenta centímetros ao passar ou ultrapassar bicicleta, *verbis:*

> Art. 201. Deixar de guardar a distância lateral de um metro e cinquenta centímetros ao passar ou ultrapassar bicicleta:
> Infração - média;
> Penalidade - multa.

Uma vez mais, não logrou a apelante fazer prova de que o condutor do veículo tenha violado tal norma de proteção ao ciclista.

Ante todo o exposto, conheço da apelação, para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 07 de outubro de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL 0550824-41.2012.8.06.0001
APELANTE: BEBÊTENKITÊ COMERCIAL LTDA – EPP
APELADA: ANA CECÍLIA DE ANDRADE TEIXEIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
COMARCA: FORTALEZA
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. UTILIZAÇÃO ECONÔMICA DE OBRAS ARTÍSTICAS SEM AUTORIZAÇÃO DO TITULAR DO DIREITO AUTORAL. LEI Nº 9.610/98. CITAÇÃO VÁLIDA RECEBIDA POR GERENTE DA EMPRESA DENTRO DO ESTABELECIMENTO. REVELIA CORRETAMENTE DECRETADA. CARACTERIZADA A AUTORIA DA ILUSTRAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CABÍVEL. BUSCA E APREENSÃO DAS PEÇAS QUE CONTÊM A ILUSTRAÇÃO. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. RECURSO APELATÓRIO CONHECIDO E PARCIALMETE PROVIDO.

1 – Na hipótese, a apelante alega nulidade do ato citatório, porquanto se deu em favor de pessoa que não detém poderes de representação da sociedade empresarial. Segundo entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça, é válida a citação ocorrida em filial de empresa e na pessoa de quem alega ser gerente.

2 – A apelada acostou farta documentação que comprova a atividade profissional como ilustradora e a autoria da figura "bichinho – macaquinho", que, com a postagem em seu *blog* profissional, colocou a obra ao alcance do público, em meio largamente utilizado para divulgações comerciais *(internet)*, em data anterior (21/05/2007) ao pedido de registro da marca mista da empresa apelante (26/12/2011).

3 – A Lei n.º 9.610/98 (Lei de Direito Autoral) tutela as obras expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte,

tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, sem necessidade de registro juntos aos órgãos competentes (arts. 18 e 19 da Lei n.º 9.610/98).
4 – Caracterizada a autoria da ilustração, demonstrado o uso desautorizado e comprovado a utilização da obra sem indicação de sua autoria, impõe-se o dever de indenizar os danos sofridos (arts. 102 e seguintes da Lei n.º 9.610/98).
5 – A indenização cumpre a contento não apenas a função de ressarcir a autora/apelada pelas suas perdas, como também de desencorajar a conduta ilícita da empresa/apelante.
6 – A manutenção da tutela antecipada concedida em sede de sentença, que determinou a busca e apreensão de todas as peças comerciais que contenham a ilustração "bichinho – macaquinho" coloca em situação de risco a apelante, comprometendo a continuidade de suas atividades empresariais, razão pela qual deve-se observar a função social da empresa, como unidade econômica básica da livre iniciativa e um dos pilares da economia.
7 – A CF/88 inaugurou uma ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, demonstrando a importância da manutenção da atividade empresarial, através do princípio da preservação da empresa, o qual ganhou contornos materiais e procedimentais no art. 47 da lei 11.101/05 (Lei de falências).
8 – Recurso apelatório conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação que são partes, as acima indicadas, acorda a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por sua composição plenária, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso apelatório, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por BEBÊTENKITÊ COMERCIAL LTDA – EPP, em face da sentença de fls. 206/213 proferida pelo Juízo

da 20ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, a qual julgou procedente a presente Ação Declaratória c/c de Indenização, concedendo tutela antecipada para determinar busca e apreensão das peças comerciais que contenham a ilustração "bichinho – macaquinho" nas lojas BEBÊTENKITÊ do Shopping Iguatemi I e do North Shopping, ficando a autora/apelada, ANA CECÍLIA DE ANDRADE TEIXEIRA, como depositária fiel das peças respectivas.

Em seu pedido inicial (fls. 01/34), a autora/apelada requer a busca e apreensão e a suspensão de todos os produtos que contenham no todo ou em parte a figura "bichinho – macaquinho", a retirada da ilustração da marca da empresa BEBÊTENKITÊ, a condenação da ré/apelante ao pagamento do valor de R$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais) a título de indenização por danos materiais e de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a título de danos morais.

O julgador de piso condenou a parte ré/apelante "ao pagamento de indenização por danos materiais na forma requerida na exordial, tudo a ser apurado em liquidação de sentença e a pagar indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), mais custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da indenização."

A apelante, com o objetivo de suspender a tutela antecipada concedida na sentença, propôs Ação Cautelar Inominada de nº 0028160-42.2013.8.06.0000, cuja liminar foi parcialmente deferida para suspender a ordem de busca e apreensão das peças comerciais nas lojas até o pronunciamento definitivo desta Câmara Cível.

Em suas razões recursais (fls. 215/230), a apelante requer a reforma do *decisum*, revogando a tutela antecipada concedida em sede de sentença, sob o fundamento de que a busca e apreensão e a indisponibilidade dos produtos põem em risco suas atividades empresariais e que não há fundado receio de difícil reparação, pois o uso da figura vem sendo realizado sem que haja prejuízos à apelada.

Alega, ainda, ausência de prova inequívoca da autoria da figura por parte da recorrida, e que, por ser ela tão experiente no ramo da ilustração, não há justificativa para a falta de registro junto aos órgãos competentes, sendo esse o único meio capaz de elucidar eventuais dúvidas acerca da titularidade da obra. Afirma, nesse ínterim, que postagem em *blog* não é meio de prova capaz de dirimir questões jurídicas como a presente, porque as informações nele contidas podem ser alteradas. A recorrente sustenta, outrossim, que, em vista da não comprovação de autoria da ilustração da apelada, não pode lhe impedir de usar a imagem de sua propriedade desde o registro junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, sob o nº 902270222, da marca mista (nome "Bebêtenkitê" acompanhada da figura do macaquinho). No que diz respeito à indenização em danos materiais e morais, afirma que é incabível a condenação, porque não há uso desautorizado da ilustração.

Pugna, ao final, pelo reconhecimento da nulidade da citação realizada na pessoa da gerente da loja, eis que essa não detinha autorização para tal, revertendo a decretação de revelia imposta pelo juiz *a quo*, e pela total procedência do recurso apelatório, reformando *in totum* a sentença recorrida.

Contrarrazões oferecidas por ANA CECÍLIA DE ANDRADE TEIXEIRA, às fls. 239/267, requerendo o acolhimento da preliminar de falta de requisito de admissibilidade do recurso - art. 514, II, CPC – inobservância ao princípio da dialeticidade dos recursos pela apelante e pelo estado de revelia ou, caso seja conhecido o apelo, a confirmação da sentença recorrida em todos os seus termos.

É o que importa relatar.

À douta revisão.

VOTO

Merece apreciado o presente recurso, por preencher os requisitos de admissibilidade, observados os pressupostos intrínsecos e extrínsecos (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e pre

NULIDADE DA CITAÇÃO E REVERSÃO DA REVELIA

A apelante alega a absoluta nulidade da citação, vez que esta se deu na pessoa de suposta gerente da recorrente, conforme certidão de fls. 125, mas que não detinha qualificação ou autorização para receber o mandado respectivo em nome da empresa. Por isso, requer o reconhecimento da nulidade do referido ato, revertendo-se a decretação de revelia imposta pelo Juízo *a quo.*

A tese da nulidade da citação não deve prosperar pelas razões a seguir expostas.

Analisando os fólios processuais, verifica-se às fls. 125 dos autos que, a promovida, ora apelante, fora devidamente citada, em 11 de abril de 2012, constando assinatura de recebimento pela Sra. Francisca Sobreira Lima, Gerente. Não há, pois, como prosperar a argumentação de nulidade da citação por ausência de poderes da funcionária que recebeu a comunicação judicial.

É consabido que, tratando-se de pessoa jurídica, válida é a entrega da comunicação a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração, tendo o STJ decidido nesse rumo, em face da teoria da aparência (STJ, 2º Turma, Resp 42.391/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. Em 04/04/2000, DJ 22/05/2000, P. 91.).

Como bem observa Daniel Amorim Assumpção Neves (*In* Manual de Direito Processual Civil, Editora Método, São Paulo, 2009, pág. 283), o rigorismo do

sistema é abrandado na citação das pessoas jurídicas, aplicando o Superior Tribunal de Justiça a teoria da aparência, de forma que não somente o representante legal ou pessoa com poderes de gerência geral ou administração (art. 223, parágrafo único do CPC) poderá assinar o recibo, mas qualquer pessoa que aparentemente tenha poderes para representar a pessoa jurídica.

A certidão do oficial de justiça comprova que o ato citatório foi cumprido no endereço da empresa promovida "na pessoa da Sra. Francisca Sobreira Lima, gerente, do inteiro teor do mandado, entregando-lhe contrafé, que aceitou, exarando ciência", juntando-se o mandado de citação, no qual consta a assinatura da gerente, às fls. 124.

A jurisprudência atual possui entendimento pacífico sobre a questão, máxime quando da efetivação do ato na sede da pessoa jurídica, o empregado identificado como representante legal nada alega quanto à falta de poderes de representação, como no presente caso.

Nesse sentido, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos embargos de divergência no REsp 156.970/SP (Rel. Min. Vicente Leal, DJ 22.10.2001), consagrou o seguinte entendimento: "(...) é de se aplicar a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação da pessoa jurídica realizada em quem, na sua sede, se apresenta como seu representante legal e recebe a citação, sem qualquer ressalva quanto à inexistência de poderes para representá-la em Juízo."

Colaciono, ainda, os seguintes arestos desta Corte de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. FALÊNCIA. **ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ATO CITATÓRIO EFETIVADO NA AÇÃO EXECUTIVA QUE ENSEJOU O PEDIDO DE QUEBRA EMPRESARIAL. CERTIDÃO DO MEIRINHO COMPROVANDO QUE A CITAÇÃO OCORREU EM FACE DE PESSOA QUE SE APRESENTOU, NA SEDE DA SOCIEDADE EMPRESARIAL, COMO SUA SÓCIA-GERENTE. TEORIA DA APARÊNCIA. VALIDADE DO ATO PROCESSUAL**. I - Segundo entendimento consagrado na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Embargos de Divergência de número 156.970/SP, (Rel. Min. VICENTE LEAL, CORTE ESPECIAL, DJ 22/10/2001 p. 261), "... é de se aplicar a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação da pessoa jurídica realizada em quem, na sua sede, se apresenta como sua representante legal e recebe a citação sem qualquer ressalva quanto a inexistência de poderes para representá-la em Juízo". II - Na hipótese, a agravante alega nulidade do ato citatório realizado no processo de execução que serviu de fundamento para o manejo da lide falencial, porquanto a citação se deu em favor de pessoa que não detém poderes de representação da sociedade empresarial. III - Entrementes, segundo certidão do Oficial de Justiça, a pessoa que recebeu a citação da ação executiva apresentou-se, na sede empresarial, como sócia-gerente da executada, ora agravante. Verifica-se, ainda, que a pessoa que firmou o recebimento do mandado possui o mesmo sobrenome dos titulares da empresa, assina vários aditivos contratuais na qualidade de testemunha e recebe intimações e citações,

> inclusive a que oportunizou a defesa da promovida na ação de falência, ocasião na qual se portou como sua representante legal. Agravo conhecido e improvido. (Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo 153090200680600000, Rel. Des. ADEMAR MENDES BEZERRA, 2ª Câmara Cível, 04/10/2010)

> DIREITO CIVIL. PROCESSO CIVIL. **INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. CITAÇÃO VÁLIDA RECEBIDA POR FUNCIONÁRIO DA EMPRESA DENTRO DE ESTABELECIMENTO.** EMPRÉSTIMO CONSIGNADO EM APOSENTADORIA DE VÍTIMA DE ESTELIONATO. NEGLIGÊNCIA DO BANCO DEMANDADO AO CONCEDER EMPRÉSTIMO. 1. Efetivamente válida é a citação ocorrida em filial de empresa e na pessoa de quem alega ser funcionário, não havendo motivos para se duvidar daquele que se encontra no interior da agência, não se opondo a receber a citação; (…) 5. A indenização fixada guarda consonância com os critérios que devem ser observados no arbitramento do *quantum*, bem como mostra-se razoável e proporcional ao ressarcimento pleiteado. 6. Sentença mantida; 7. Apelação improvida. (Apelação cível 14981200880600631, Rel. Des. FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA, 4ª Câmara Cível, 30/03/2010)

Em vista da validade da citação da promovida, correta a declaração da revelia pelo Juízo *a quo*, vez que, do exame do caderno processual, a apelante, fora regularmente cientificada para apresentar contestação, em 11 de abril de 2012, apresentando-a somente, em 22 de maio de 2012 (fls. 128/141), mais de um mês após o ato citatório, portanto intempestiva a defesa.

Com efeito, o processo correu à revelia da recorrente, não subsistindo a insurgência, em sede recursal, sob color de ausência de prova inequívoca da autoria da figura gráfica (macaquinho) e a impossibilidade de a postagem dela no *blog* profissional da apelada ser meio probante capaz de dirimir a presente demanda. É que **a decretação da revelia não atinge questões de direito, mas impede de se impugnar os fatos**. Sobre o assunto é oportuna a lição de Fredie Didier (*In* Curso de Direito Processual Civil, vol 1. 8.ed. rev. ampl. e atual. - Salvador : Editora Jus podivm, 2007, p. 464 e 465):

> Não se pode confundir a revelia, que é um ato-fato, com a confissão ficta, que é um dos seus efeitos. A revelia não é um efeito jurídico; a revelia encontra-se no mundo dos fatos.
> […]
> A revelia não significa automática vitória do autor na causa, pois os fatos podem não se subsumir à regra de direito invocada. Ao réu revel é permitido, sem impugnar os fatos, tratar, apenas, do direito. (Grifamos)
> A confissão ficta, principal efeito da revelia, não equivale ao reconhecimento da procedência do pedido. Como qualquer confissão, incide apenas sobre os fatos afirmados pelo demandante.

Vê-se que, a apelante deduz diversas questões fáticas, as quais, a meu sentir, deveriam ter sido oferecidas em sede de contestação. Logo, apresentadas intempestivamente, encontram-se fulminadas pela preclusão.

Certo é que, consoante as disposições contidas no art. 300 do Código de Processo Civil, incumbia a empresa revel atender à citação e, de forma tempestiva, expor toda a sua matéria de defesa, com razões de fato e de direito. Não agindo assim, a ré contribuiu para a preclusão dos aspectos fáticos da demanda. A propósito, vejamos a orientação jurisprudencial:

> AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE - CONTESTAÇÃO FORA DO PRAZO - REVELIA - APELAÇÃO - MATÉRIA FÁTICA – PRECLUSÃO. **O réu revel não pode alegar em apelação matéria de mérito não ventilada na sentença, nos termos dos arts. 300 e 515 do CPC, sendo-lhe propiciada apenas a defesa referente aos pressupostos processuais, às condições de ação e referentes a direitos indisponíveis ou a nulidades absolutas.** (TJMG, Número do Processo 1.0223.07.218716-2/0001(1), Relator Des. Nicolau Masselli, Julg. 09/04/2008, DJ 16/05/2008)

> APELAÇÃO CÍVEL - DESCONSTITUIÇÃO E ANULAÇÃO DE CONTRATO - PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA - PRELIMINAR DE OFÍCIO - NÃO CONHECIMENTO DE PARTE DO MÉRITO DO RECURSO - MATÉRIAS DE FATO - RÉU REVEL - PRECLUSÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - FIXADO CONSOANTE CRITÉRIOS LEGAIS - MANUTENÇÃO - PROVA DO DANO MORAL - INEXISTENTE - RECURSOS IMPROVIDOS. (…) **Uma vez que a apelante incorreu nos efeitos da revelia, impossível o conhecimento da parte do recurso que aduz somente matérias de fato que deveriam ter sido suscitadas no momento adequado, qual seja, quando da apresentação da contestação.** Impõe-se a manutenção da verba honorária quando fixada com observância dos parâmetros do art. 20, §4º, do CPC. O acionamento do Poder Judiciário e a negativa de instalação da segunda linha telefônica, não motivam a condenação em danos morais, sob pena de fomentar a famigerada indústria do dano moral. (TJMG, Número do Processo: 1.0024.05.704143-6/001 (1), Relator Des. Marcelo Rodrigues, Julg. 14/02/2007, DJ 17/03/2007)

Nos termos do art. 319 do Código de Processo Civil, reputa-se verdadeira a narrativa da promovente de que é autora da ilustração “bichinho – macaquinho”, postada em seu *blog* profissional no dia 21 de maio de 2007 (fls. 82), antes do início da atividade empresarial da apelante, a qual se deu em 29 de novembro de 2009. Tais fatos já não podem ser impugnados pela empresa revel em sede de apelo.

Ademais, a autora/recorrida acostou aos autos farta documentação que comprova sua atividade profissional como ilustradora (fls. 43/45); sua contratação por editoras de renome nacional, através de contratos de cessão de direito autoral (fls. 46/47,

48/51 e 53/56); seu *blog* profissional, no qual divulga suas obras, bem como diversas criações para jornais e revistas de grande circulação (fls. 52 e 57/76); e suas premiações como ilustradora (fls. 77 e 79/81).

Por fim, merece consignar as disposições do art. 332 do Código de Processo Civil, que assevera: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa."

DANOS MORAIS E MATERIAIS

Alega a apelante ser incabível a condenação em danos materiais e morais, diante da ausência de comprovação de autoria da apelada, não havendo, por isso, utilização da figura de forma desautorizada.

Sustenta, nesse ínterim, que não há justificativa para a falta de registro da figura em apreço juntos aos órgãos competentes e que postagem em *blog* não é meio de prova capaz de resolver a lide, pois as informações nele contidas podem ser alteradas.

Nesse compasso, faz-se necessário, primeiramente, compreender quais obras intelectuais estão protegidas e quem são aqueles considerados autores dessas obras pela Lei 9.610 de 19/02/1998, que regula os direitos autorais.

No que pertine à conceituação de obras intelectuais, o art. 7º, inciso IX, da Lei de Direito Autoral dispõe:

> **Art. 7º.** São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:
> (…)
> **IX** - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;" (Grifamos)

As obras protegidas pela Lei de Direito Autoral são aquelas criações expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, isto é, **os direitos autorais protegem expressões concretas, e não ideias.**

Portanto, de acordo com o supracitado art. 7º, *caput*, para estar protegida pela Lei de Direito Autoral, a obra deve estar inserida em um portal, ou seja, exposta ou gravada para caracterizar-se como publicada a estabelecer marco de domínio da propriedade oponível a quem dela fizer uso sem autorização do autor.

In casu, **a autora/apelada fixou sua obra "bichinho – macaquinho" através da postagem em seu *blog* profissional, aqui considerado como suporte**, através do qual foi colocada ao alcance do público, via *internet*, meio largamente utilizado para divulgações comerciais, inclusive, pela loja BEBÊTENKITÊ.

A apelante quer desconsiderar a postagem em *blog* como meio de prova capaz de dirimir a presente controvérsia, quando a própria Lei de regência do assunto expressamente tutela as obras que se utilizam de tal meio de divulgação sem a necessidade de registro. Vejamos:

> **Art. 18.** A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro. (Grifamos)
>
> **Art. 19.** É facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no *caput* e no §1º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. (Grifamos)

Ora, se nem a própria lei que regula os direitos autorais exige registro das obras intelectuais por ela protegidas, não pode a apelante alegar que esse é o único meio capaz de elucidar eventuais dúvidas acerca da titularidade da obra em questão.

Acerca da autoria das obras intelectuais, prelecionam os arts. 11 e seguintes da recitada Lei Autoral, *in verbis:*

> **Art. 11.** Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. (Grifamos)
> **Parágrafo único.** A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.
>
> **Art. 12.** Para se identificar como autor, poderá o criador da obra literária, artística ou científica usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional.
>
> **Art. 13.** Considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização.(Grifamos)

Conforme se vê da documentação acostada aos autos, fls. 82, a autora/apelada procedeu exatamente como preleciona a Lei de Direito Autoral, fixando sua ilustração (obra intelectual) em seu *blog* profissional (suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro), indicando, através de seu nome civil, ser o desenho de sua autoria, em data anterior (21/05/2007) ao pedido de registro da marca mista da empresa Bebêtenkitê, que se deu apenas, em 26/12/2011.

O endereço eletrônico utilizado pela recorrida, consoante se depreende da documentação de fls. 118/119, é amplamente visitado por pessoas no Brasil e em outros países, obtendo cerca de três mil visualizações por mês, o que demonstra o amplo alcance das imagens criadas pela ilustradora.

Some-se isso o fato de que em momento algum a recorrente indicou quem seria o verdadeiro autor da ilustração que alega ser proprietária, limitando-se em afirmar que a apelada não é a autora da obra, não havendo nos autos prova nesse sentido.

Caracterizada a autoria da ilustração pela autora/apelada, bem como o uso desautorizado da figura "bichinho – macaquinho" pela empresa Bebêtenkitê, impõe-se o dever de indenizar a autora da obra, conforme prelecionam os arts. 102 e seguintes da Lei n.º 9.610/98, *ipsis litteris:*

> **Art. 102**. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.
>
> **Art. 103.** Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido.
> **Parágrafo único.** Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.
>
> **Art. 104.** Quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior.
>
> **Art. 105.** A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.
>
> **Art. 106.** A sentença condenatória poderá determinar a destruição de todos os exemplares ilícitos, bem como as matrizes, moldes, negativos e demais elementos utilizados para praticar o ilícito civil, assim como a perda de máquinas, equipamentos e insumos destinados a tal fim ou, servindo eles unicamente para o fim ilícito, sua destruição.
>
> **Art. 107.** Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e seu parágrafo único, quem:

> **I -** alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia;
> **II -** alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia;
> **III** - suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos;
> **IV -** distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização.
>
> **Art. 108.** Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma:
> **I -** tratando-se de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos;
> **II -** tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor;
> **III -** tratando-se de outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior.
>
> **Art. 109.** A execução pública feita em desacordo com os arts. 68, 97, 98 e 99 desta Lei sujeitará os responsáveis a multa de vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago.
> **Art. 110.** Pela violação de direitos autorais nos espetáculos e audições públicas, realizados nos locais ou estabelecimentos a que alude o art. 68, seus proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários respondem solidariamente com os organizadores dos espetáculos.

Em análise sistemática dos dispositivos supracitados, conclui-se que poderá haver situações em que as sanções não compensarão de forma plena e satisfatória os prejuízos suportados pela vítima, exigindo complementação a título de indenização pelos danos sofridos, e ocorrerão casos em que **a própria indenização já cumprirá a contento não apenas a função de ressarcir a vítima pelas suas perdas, como também de desencorajar a conduta ilícita.**

Nota-se, da legislação protetora dos direitos autorias, perfeita distinção do direito sobre marcas e patentes previsto na Lei nº 9.279/96, invocada pela apelante na defesa de sua tese, não aplicada ao caso *sub judice.*

Cabe ao julgador, fazendo uso de seu prudente arbítrio, interpretar casuisticamente os comandos dos artigos da Lei de Direito Autoral, definindo a

composição e os limites da condenação, utilizando os critérios que melhor representem os princípios de equidade e justiça.

A propósito, colaciono os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> **DIREITOS AUTORAIS. VEICULAÇÃO DE CAMPANHA PUBLICITÁRIA SEM AUTORIZAÇÃO DE SEU CRIADOR. INDENIZAÇÃO. DIREITOS MORAIS E PATRIMONIAIS. REGISTRO. PUBLICIDADE. LEIS 5.988/73 E 9.610/98.** - **A proteção dos direitos de autor independe de registro, que é facultativo.** Efetivado, o registro resguarda os direitos e vale como prova de anterioridade. A hipótese de coincidência criativa é uma das que motivam o autor a registrar seu trabalho (Lei n.º 5.988/73, Arts. 17 segs.). - A não divulgação do inteiro teor de obra registrada não implica seu desconhecimento por terceiro. Se o registro acusava a existência de obra semelhante à utilizada pelas recorridas, caberia a elas procurar o autor para conhecer o trabalho e, em sendo o caso, conseguir autorização de uso. - O registro por terceiro da expressão publicitária no INPI não afasta o direito do recorrente, relativos à criatividade e originalidade do slogan criado. O INPI sequer é órgão competente por tal registro (Art. 124, VII, da Lei n.º 9.279/96). Tal efeito somente ocorre quando o registro é feito em um dos órgãos relacionados no Art. 17 da Lei n.º 5.988/73. (REsp 655035/PR RECURSO ESPECIAL 2004/0051305-0, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, 13/08/2007)

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS (VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS) E DANOS MORAIS. UTILIZAÇÃO ECONÔMICA DE OBRAS ARTÍSTICAS SEM AUTORIZAÇÃO DO TITULAR DO DIREITO AUTORAL.** NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 182/STJ. IMPROVIMENTO. 1.- **Utilização, por clube de futebol, de obras artísticas em coleção de artigos esportivos, sem a respectiva autorização do titular do direito autoral quanto ao uso econômico de sua obra apresenta-se como base para a incidência dos direitos patrimoniais do autor e dos direitos intrínsecos à própria dignidade humana a ensejar a indenização por danos morais.** 2.- Nas razões do Agravo em Recurso Especial, devem ser expressamente impugnados os fundamentos lançados na decisão hostilizada. Incidência da Súmula 182 do Superior Tribunal de Justiça. 3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 211468/RJ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0159765-7, Rel. Min. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, 08/10/2013)

> COMERCIAL. DIREITO AUTORAL. UTILIZAÇÃO DESAUTORIZADA DE FOTOGRAFIA PARA ILUSTRAR CAPA DE GUIA RODOVIÁRIO. COMPOSIÇÃO DA CONDENAÇÃO. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS SOFRIDOS E SANÇÃO PELA CONDUTA ILÍCITA. LIMITES. 1. **O**

art. 102 da Lei nº 9.610/98 fixa sanções cíveis decorrentes da violação de direitos autorais. A exegese desse dispositivo legal evidencia o seu caráter punitivo, ou seja, a intenção do legislador de que seja primordialmente aplicado com o escopo de inibir novas práticas semelhantes. Tanto é assim que a sua parte final ressalva que as penas serão impostas, "sem prejuízo da indenização cabível". O art. 103 da Lei nº 9.610/98, por sua vez, assume também um caráter indenizatório, na medida em que prevê que a perda dos exemplares e o pagamento daqueles que tiverem sido vendidos se dê em favor da vítima. Realizando-se uma análise sistemática dessas normas, conclui-se que elas criam uma via de mão dupla: **assim como poderá haver situações em que as sanções não compensarão de forma plena e satisfatória os prejuízos suportados pela vítima – exigindo complementação a título de indenização pelos danos sofridos – haverá casos em que a própria indenização já cumprirá a contento não apenas a função de ressarcir a vítima pelas suas perdas, como também de desencorajar a conduta ilícita.** 2. Cabe ao julgador, fazendo uso de seu prudente arbítrio, interpretar casuisticamente os comandos dos arts. 102 e 103 da Lei nº 9.610/98, definindo a composição e os limites da condenação, utilizando os critérios que melhor representem os princípios de equidade e justiça, alerta para o fato de que os valores arbitrados não deverão conduzir ao enriquecimento indevido da vítima. (…) 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1367021/RS RECURSO ESPECIAL 2012/0253397-2, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, 12/09/2013)

DIREITO AUTORAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ART. 122 DA LEI 5.988/73. CRITÉRIOS DE INDENIZAÇÃO DOS DANOS PATRIMONIAIS SUPORTADOS PELO AUTOR, QUE TEVE CENAS DE OBRAS CINEMATOGRÁFICAS UTILIZADAS POR TERCEIROS, SEM AUTORIZAÇÃO. 1. A falta de prequestionamento em relação ao art. 93, II, da Lei 5.682/71, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da súmula 211/STJ. 2. **Comprovado que a obra artística foi utilizada sem autorização de seu autor e sem indicação de autoria, nasce o direito de recomposição dos danos materiais sofridos. Nesse passo, os danos devem ser provados, salvo se decorrentes de consequência lógica dos atos praticados, ou que impliquem prova negativa impossível de ser apresentada em juízo.** 3. **A falta de pagamento para a utilização da obra protegida é decorrência lógica da comprovação do ato ilícito, incontroverso nos autos**. 4. Não é o caso de utilização dos critérios de indenização previstos no art. 122 da LDA, tendo em vista que não é razoável e, tampouco, proporcional, admitir que a indenização de parte seja realizada pelo valor do todo, o que implicaria enriquecimento ilícito do autor da obra. O valor, no caso, deverá ser fixado, por arbitramento, em liquidação de sentença, conforme o preço de mercado normalmente empregado para utilização de cenas de obras cinematográficas desse jaez. 5. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, parcialmente provido. (REsp 889300/DF RECURSO ESPECIAL 2006/0209196-8, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, 28/06/2011)

Desta feita, não há o que se reformar na sentença recorrida nesse particular.

Requer, outrossim, a apelante a revogação **da tutela antecipada concedida em sede de sentença, que determinou a busca e apreensão de todas as peças comerciais que contenham a ilustração "bichinho – macaquinho" nas lojas BEBETENKITE**, alegando que tal decisão põe em risco suas atividades empresariais, podendo causar-lhe prejuízos irreparáveis.

Evidentemente, a apreensão dos produtos que contenham a marca figurativa do "macaquinho" coloca em situação de risco a apelante, comprometendo a continuidade de suas atividades empresariais, eis que a maior parte das peças por ela comercializadas carregam a marca em discussão.

Ademais, caso sejam apreendidos os produtos vendidos pela recorrente, impossibilitar-se-á a continuação das atividades empresarias, podendo ocasionar sua falência, com a consequente demissão de seus funcionários, inclusive, dificultando o pagamento da condenação em danos morais e materiais reconhecidos na sentença, se confirmada em grau de recurso.

É de se ter em mente, ainda, que a Constituição Federal de 1988 inaugurou, nos termos do seu art. 170, caput, uma ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, o que demonstra a importância da manutenção da empresa, concretizado através do **princípio da preservação da empresa**, o qual ganhou contornos materiais e procedimentais para prosperar com a previsão expressa no art. 47 da lei 11.101/05 (Lei de falências), *in verbis*:

> **Art. 47**. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (Grifamos)

Desse modo, tem-se a função social da empresa, como unidade econômica básica da livre iniciativa e um dos pilares da economia, representando uma fonte geradora de empregos e riquezas.

Assim, o interesse pela conservação da atividade empresarial é de todos que dela se beneficiam: credores, por quererem ver seus créditos satisfeitos; empregados, em razão dos seus postos de trabalho; consumidores, no que se refere a bens e serviços; Fisco, em virtude da arrecadação de tributos; dentre outros. Tal princípio tem como objetivo principal proteger a atividade empresarial, buscando o interesse da sociedade, e não a proteção do interesse exclusivo do empresário.

A proteção à continuidade da atividade empresarial é objeto da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se segue:

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE ADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PENHOR SOBRE SAFRAS DE CANA-DE-AÇÚCAR. REALIZAÇÃO DA COLHEITA. VEROSSIMILHANÇA DA AUSÊNCIA DE SUPRESSÃO DA GARANTIA. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA SOBRE AS SAFRAS FUTURAS. **PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DOS DEMAIS INTERESSES QUE GRAVITAM EM TORNO DE SUA MANUTENÇÃO. PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg na MC 19712/PE AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR 2012/0154985-9, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, 19/10/2012)

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. IMISSÃO DE POSSE NO JUÍZO CÍVEL. ARRESTO DE IMÓVEL NO JUÍZO TRABALHISTA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM CURSO. CREDOR TITULAR DA POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO. BEM NA POSSE DO DEVEDOR. PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. (…) **3. Em casos que se pode ter como assemelhados, em ação de busca e apreensão de bem móvel referente à alienação fiduciária, a jurisprudência desta Corte admite flexibilização à regra, permitindo que permaneça com o devedor fiduciante " bem necessário à atividade produtiva do réu"** (v. REsp 250.190-SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, QUARTA TURMA, DJ 02/12/2002). 4. Esse tratamento especial, que leva em conta o fato de o bem estar sendo empregado em benefício da coletividade, cumprindo sua função social (CF, arts. 5º, XXIV, e 170, III), não significa, porém, que o imóvel não possa ser entregue oportunamente ao credor fiduciário, mas sim que, em atendimento ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei 11.101/05), caberá ao Juízo da Recuperação Judicial processar e julgar a ação de imissão de posse, segundo prudente avaliação própria dessa instância ordinária. 5. Em exame de conflito de competência pode este Superior Tribunal de Justiça declarar a competência de outro Juízo ou Tribunal que não o suscitante e o suscitado. Precedentes. 6. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara Cível de Itaquaquecetuba - SP, onde é processada a recuperação judicial da sociedade empresária. (CC 110392/SP CONFLITO DE COMPETENCIA 2010/0025071-2, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, 22/03/2011)

Considerando, pois, que a determinação de busca e apreensão das peças comerciais da recorrente põe em risco a continuidade do exercício da sua atividade empresarial, revogo a tutela antecipada concedida na sentença.

Ante o exposto, CONHEÇO do recurso por ser próprio e tempestivo, PARA DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, revogando a tutela antecipada concedida em sede de sentença que determinou a busca e apreensão das peças comerciais que contenham a ilustração “bichinho – macaquinho” nas lojas BEBETENKITE, mantendo o *decisum* no demais termos.

É como voto.

Fortaleza, 25 de novembro de 2013.

PROCESSO: 0058785.30.2011.0000
APELANTE: PREFEITO MUNICIPAL DE ALTANEIRA
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE ALTANEIRA – CE
APELADO: CÂMARA MUNICIPAL DE ALTANEIRA/CE
RELATOR: DES. FRANCISCO JOSÉ MARTINS CÂMARA

EMENTA CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENVIO DE CÓPIAS DOS CERTAMES LICITATÓRIOS REQUERIDO PELO PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL AO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ALTANEIRA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DA TRANSPARÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 3º, § 3º DA LEI 8.666/93. VIOLAÇÃO AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS, PORÉM, IMPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. O debate do presente caso cinge-se à discussão quanto à Ação Mandamental com finalidade de discutir o direito líquido e certo do impetrante RAIMUNDO NONATO CALDAS, na qualidade de Presidente da Câmara Municipal de Altaneira, contra ATO DO PREFEITO MUNICIPAL DO MUNICÍPIO DE ALTANEIRA NA PESSOA DO SR. ANTONIO DORIVAL DE OLIVEIRA, argumentando o autor que AOS 07 DIAS DO MÊS DE MARÇO DE 2007, A CÂMARA MUNICIPAL DE ALTANEIRENSE, OFICIOU AO IMPETRADO PARA QUE O MESMO APRESENTASSE CÓPIAS DE TODOS OS CERTAMES LICITATÓRIOS REALIZADOS PELA MUNICIPALIDADE NO EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2007, CONSIDERANDO O JULGADOR *A QUO* QUE A SEGURANÇA MERECE SER CONCEDIDA EM PARTE PARA QUE A AUTORIDADE COATORA APRESENTE IMEDIATAMENTE À CÂMARA MUNICIPAL AS CÓPIAS DOS CERTAMES REFERENCIADOS.

Alegou o apelante, na qualidade de Prefeito Municipal de Altaneira/CE, a inexistência de direito líquido e certo a

respaldar a concessão da segurança pretendida, não tendo a Administração Pública Municipal dificultado ou deixado de prestar as devidas informações à Câmara Municipal no que concerne aos processos licitatórios requeridos. Não assiste ao apelante, pois é evidente que, *in casu*, compete ao Gestor Municipal velar pela observância dos princípios da publicidade dos procedimentos licitatórios e da transparência da Administração Pública (art. 3º, §3º, da Lei 8.666/93), tendo procedido corretamente o magistrado *a quo*, posto que cumpre ao Prefeito Municipal disponibilizar ao ente fiscalizador a documentação relativa aos procedimentos licitatórios realizados pela Administração Pública Municipal, o que não fora comprovado devidamente nos autos pelo recorrente.

2. Esta Corte de Justiça já entendeu que: "No tocante aos Municípios, há expressa previsão constitucional dispondo que a fiscalização de tais entes será desempenhada pelo Poder Legislativo Municipal, cujo controle externo da Câmara Municipal será exercido com auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver, conforme preceituam o art. 31, § 1º da CF/88 e os arts. 41 e 42 da CE/89. Compete ao Gestor Municipal velar pela observância dos princípios da publicidade dos procedimentos licitatórios e da transparência da Administração Pública (art. 3º, §3º, da Lei 8.666/93). Desta forma, com acerto agiu o magistrado *a quo*, na medida em que cumpre ao Prefeito Municipal disponibilizar ao ente fiscalizador a documentação relativa aos procedimentos licitatórios realizados pela Administração Pública Municipal. Remessa Necessária conhecida e desprovida. Sentença Mantida. (TJCE. Apelação Cível 95990200380601731. Relator Desembargador: ANTONIO ABELARDO BENEVIDES MORAES. 3ª Câmara Cível. Julgado em 09/03/2009)

Em conformidade com o parecer da Douta PGJ, o ato do Prefeito do Município de Altaneira, em negar-se a fornecer os documentos requeridos pela impetrante, indispensáveis ao exercício de sua função de fiscalização, ofende direito líquido e certo, sendo abusivo e arbitrário, afastando-

se completamente de diversos princípios orientadores e norteadores da administração pública, notadamente os princípios da razoabilidade, legalidade e publicidade.
Apelação e Reexame Necessário conhecidos, porém improvidos. Sentença mantida, que concedeu a segurança pleiteada de forma parcial, deferindo a liminar requestada, para que a autoridade coatora, apresente imediatamente à Câmara Municipal, as cópias de todos os certames licitatórios realizados pela Prefeitura Municipal de Altaneira relativas aos exercícios financeiros de 1997.

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 e Reexame Necessário, para negar-lhes provimento, MANTENDO os termos da sentença recorrida que concedeu a segurança pleiteada de forma parcial, deferindo a liminar requestada, para que a autoridade coatora, apresente imediatamente à Câmara Municipal, as cópias de todos os certames licitatórios realizados pela Prefeitura Municipal de Altaneira relativas aos exercícios financeiros de 1997, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 20 de Agosto de 2013

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL e REEXAME NECESSÁRIO em face de sentença proferida pelo Juízo da Vara única da Comarca de Altaneira, em Mandado de Segurança, julgando pela concessão em parte do *mandamus*, impetrado por RAIMUNDO NONATO CALDAS na qualidade de Presidente da Câmara Municipal de Altaneira/CE, CONTRA ATO DO PREFEITO MUNICIPAL DO MUNICÍPIO DE ALTANEIRA NA PESSOA DO SR. ANTONIO DORIVAL DE OLIVEIRA, com o fim de conceder a segurança pleiteada de forma parcial, deferindo a liminar requestada, para que a autoridade coatora, apresente imediatamente à Câmara Municipal, as cópias de todos os certames licitatórios realizados pela Prefeitura Municipal de Altaneira relativas aos exercícios financeiros de 1997. O Julgador *a quo* considerou que cabe ao Judiciário, visando velar pela obediência aos dispositivos da lei aplicados à espécie, afastar as

ofensas aos dispositivos da legislação.

Inconformado com a sentença ANTONIO DORIVAL DE OLIVEIRA apresenta APELAÇÃO de fls. 103/126, pugnando que se conheça do recurso, deferindo-lhe provimento de mérito no sentido de cassar a segurança concedida pelo Juízo de 1º grau, reformando-se, portanto, a decisão recorrida, condenando o autor nas custas processuais, honorários advocatícios e demais cominações legais.

Às fls. 133/143 constam Contrarrazões do Município de Altaneira, aduzindo que a segurança merece ser mantida em todos os seus termos, negando provimento ao recurso, condenando o apelante em honorários advocatícios, custas processuais e demais consectários de estilo.

A Douta PGJ, às fls. 221/228 opinou no sentido de conhecer da apelação e reexame necessário, para que lhes sejam negado provimento, mantendo a sentença em todos os seus termos, tendo em vista que afigura-se ilegal a atitude da autoridade impetrada em não fornecer a informação solicitada pelo impetrante no exercício de seu poder dever de fiscalização.

Este é o relatório.

Processo sem revisão, tendo em vista o art. 34, do Regimento Interno desta Corte.

Inclua-se na Pauta de Julgamento da próxima sessão desimpedida.

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.

Trata-se de Apelação Cível e Reexame Necessário, pelo que conheço dos presentes recursos por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, pela tempestividade.

O debate do presente caso cinge-se à discussão quanto à Ação Mandamental com finalidade de discutir o direito líquido e certo do impetrante RAIMUNDO NONATO CALDAS, na qualidade de Presidente da Câmara Municipal de Altaneira, do PREFEITO MUNICIPAL do MUNICÍPIO de ALTANEIRA na pessoa do Sr. ANTONIO DORIVAL de OLIVEIRA, argumentando o autor que AOS 07 DIAS DO MÊS DE MARÇO DE 2007, A CÂMARA MUNICIPAL DE ALTANEIRENSE, OFICIOU AO IMPETRADO PARA QUE O MESMO APRESENTASSE CÓPIAS DE TODOS OS CERTAMES LICITATÓRIOS REALIZADOS PELA MUNICIPALIDADE NO

EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2007, CONSIDERANDO O JULGADOR *A QUO* QUE A SEGURANÇA MERECE SER CONCEDIDA EM PARTE PARA QUE A AUTORIDADE COATORA APRESENTE IMEDIATAMENTE À CÂMARA MUNICIPAL AS CÓPIAS DOS CERTAMES REFERENCIADOS.

In casu, merece transcrição a sentença *a quo*, que julgou pela CONCESSÃO EM PARTE DO *MANDAMUS in verbis*:

> "Versa a lide sobre a apuração da legalidade do ato praticado pelo Prefeito Municipal de Altaneira consistente no não envio das cópias de todos os certames licitatórios realizados pela Prefeitura Municipal relativo ao exercício financeiro de 2007.
> Da análise percuciente dos autos restou claramente demonstrado através dos ofícios de fls. 17/20, que a Municipalidade não cumpriu o requerido pelo Presidente da Casa Legislativa, embora em sua peça informativa de fls. 30/35, sugeriu que os edis municipais especificassem quais os processos licitatórios que teriam maior relevância, informando que os mesmos encontravam-se disponibilizados na sede da Prefeitura Municipal.
> O não encaminhamento pelo Prefeito dos documentos solicitados pela Câmara Municipal viola direito líquido e certo do impetrante de acesso às informações e constitui óbice à realização da atribuição constitucional de fiscalização do Executivo pelos edis. Com efeito, a Magna Carta atribui ao Poder Legislativo a fiscalização do Município, consoante dispõe o art. 31. (...)
> Logo o não envio viola direito líquido e certo do impetrante ao acesso de informações e constitui óbice à realização da fiscalização do Executivo pelos edis.
> Observa-se, *in casu*, que o Prefeito Municipal agiu em flagrante afronta aos ditames constitucionais, ao omitir-se em fornecer informações e documentos à Câmara de Vereadores, impedindo, deste modo, o exercício do seu direito e dever de fiscalização.
> A teor do que dispõe o inciso XXXIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, todo cidadão tem o direito à obtenção de certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimentos de situação de interesse pessoal. "Esse direito líquido e certo ainda é reforçado na hipótese de o requerente ser Vereador, que tem o *munus* público de fiscalizar os atos do Poder Executivo (art.31, da CF/88), entre os quais, obviamente, o procedimento licitatório cujas cópias foram requeridas, cuja fiscalização compete, inclusive, a qualquer interessado". (ACM N 2005.002162-1, DE Fraiburgo, Des. Jaime Ramos).
> Portanto, visando vela pela obediência aos dispositivos de lei aplicados à espécie cabe ao Judiciário apreciar se não há ofensa as previsões legais, e em caso positivo e em sendo provocado, cumpre-lhe afastar as ofensas aos ditames da lei.
> Resta claro na presente demanda, que há em favor do impetrante direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental, pelo que concedo a segurança pleiteada de forma parcial, deferindo a liminar requestada para que a autoridade coatora, apresente imediatamente a Câmara Municipal, as cópias de todos os certames licitatórios realizados pela Prefeitura Municipal

de Altaneira relativas ao exercício financeiro de 2007. Sem condenação em honorários".

A Douta PGJ, esmerou parecer nos seguintes termos:

"Atente-se porém, que, diante da omissão do impetrado em fornecer os documentos requeridos, houve a impetração do presente remédio constitucional, vindo o mesmo a prestar informações aduzindo, em suma, não estar presente o direito líquido e certo a embasar referida Ação e que não seria possível a emissão de cópias dos processos licitatórios em razão de sua vultosa quantidade, tendo sido os mesmos disponibilizados na sede da Prefeitura para a devida análise.
Diferentemente, porém, do alegado pelo ilustre Prefeito Municipal de Altaneira, temos que restou demonstrada a presença do direito líquido e certo a respaldar o pedido do impetrante.
A omissão injustificada do Sr. Prefeito Municipal de Altaneira/CE – autoridade impetrada – em não atender à solicitação do presidente da Câmara daquele município, configurou o desrespeito a um direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder, passível, portanto, de correção por meio de Mandado de Segurança. (...)
A Câmara Municipal de Altaneira, impetrante, tenta efetuar a fiscalização de atos públicos, através dos mecanismos a ela conferidos Constitucionalmente, importando dizer que, para o perfeito desempenho de seu mister, imperioso se torna o acesso à informação documental para posterior análise, o que lhe foi negado.
Compreende-se assim, que o ato do Prefeito do Município de Altaneira, em negar-se a fornecer os documentos requeridos pela impetrante, indispensáveis ao exercício de sua função de fiscalização, ofende direito líquido e certo, sendo abusivo e arbitrário, afastando-se completamente de diversos princípios orientadores e norteadores da administração pública, notadamente os princípios da razoabilidade, legalidade e publicidade.
Desta forma, afigura-se ilegal a atitude da autoridade impetrada em não fornecer a informação solicitada pelo impetrante no exercício do seu poder dever de fiscalização.
Ante o exposto, e diante dos argumentos acima expendidos, opinamos pela mantença da r. Sentença em todos os seus termos, haja vista a decisão ora atacada encontrar-se esteada no mais abalizado e coerente fundamento jurídico".

ANTONIO DORIVAL DE OLIVEIRA apresentou apelação, alegando na qualidade de Prefeito Municipal de Altaneira/CE, a inexistência de direito líquido e certo a respaldar a concessão da segurança pretendida, não tendo a Administração Pública Municipal dificultado ou deixado de prestar as devidas informações à Câmara Municipal no que concerne aos processos licitatórios requeridos.
Não assiste ao apelante, pois é evidente que, *in casu*, compete ao Gestor Municipal velar pela observância dos princípios da publicidade dos procedimentos licitatórios e da transparência da Administração Pública (art. 3º, §3º, da Lei 8.666/93), tendo procedido corretamente o magistrado *a quo*,

posto que cumpre ao Prefeito Municipal disponibilizar ao ente fiscalizador a documentação relativa aos procedimentos licitatórios realizados pela Administração Pública Municipal.

Deste modo já entendeu esta Corte de Justiça, *in verbis*:

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE EXTERNO. COMPETÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO COM AUXÍLIO DO TRIBUNAL DE CONTAS (ART. 31, § 1º DA CF/88 E ARTS. 41 E 42 DA CE/89). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DA TRANSPARÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.
No tocante aos Municípios, há expressa previsão constitucional dispondo que a fiscalização de tais entes será desempenhada pelo Poder Legislativo Municipal, cujo controle externo da Câmara Municipal será exercido com auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver, conforme preceituam o art. 31, § 1º da CF/88 e os arts. 41 e 42 da CE/89.
Compete ao Gestor Municipal velar pela observância dos princípios da publicidade dos procedimentos licitatórios e da transparência da Administração Pública (art. 3º, §3º, da Lei 8.666/93).
Desta forma, com acerto agiu o magistrado *a quo*, na medida em que cumpre ao Prefeito Municipal disponibilizar ao ente fiscalizador a documentação relativa aos procedimentos licitatórios realizados pela Administração Pública Municipal.
Remessa Necessária conhecida e desprovida. Sentença Mantida. (TJCE. Apelação Cível 95990200380601731. Relator Desembargador: ANTONIO ABELARDO BENEVIDES MORAES. 3ª Câmara Cível. Julgado em 09/03/2009)

"EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. NEGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO EM FORNECER À EMPRESA LICITANTE ACESSO À DOCUMENTAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO. ILEGALIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SEGURANÇA QUE DEVE SER MANTIDA. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.
A autoridade impetrada tinha a obrigação de fornecer a documentação pleiteada a qualquer licitante no momento do seu comparecimento à sede da administração. A negativa da administração representa afronta ao exercício da ampla defesa e do contraditório, na medida em que furta o direito do impetrante de oferecer recurso administrativo.
De nada adiantaria a garantir ao direito de recurso administrativo, com expressa previsão no art. 109 da Lei de Licitação nº 8.666/93, caso não fossem disponibilizar ao prejudicado as razões jurídicas para a decisão.
Reexame Necessário conhecido, mas improvido, com a manutenção da sentença que determinou o acesso ao impetrante aos autos do processo licitatório no qual é concorrente, concedendo-lhe novo prazo para

> apresentação de recurso administrativo.
> (TJCE. Reexame Necessário 47125200980600771 Relator(a) Desembargadora: MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA. Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 2ª Câmara Cível. Data de registro: 30/09/2011)

Ademais, qualquer interessado, licitante ou não, possui o direito de examinar e até mesmo obter cópia de um processo licitatório. Tal direito é embasado pelo princípio da publicidade, previsto nos arts. 3º e 63 da Lei de Licitações nº 8.666/93. Respeitante ao assunto, vejamos o que diz a Constituição da República Federativa do Brasil:

> "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)"

Merece destaque, que em conformidade com o parecer da Douta PGJ, o ato do Prefeito do Município de Altaneira, em negar-se a fornecer os documentos requeridos pela impetrante, indispensáveis ao exercício de sua função de fiscalização, ofende direito líquido e certo, sendo abusivo e arbitrário, afastando-se completamente de diversos princípios orientadores e norteadores da administração pública, notadamente os princípios da razoabilidade, legalidade e publicidade.

Deste modo, firme nos argumentos acima delineados, CONHEÇO DA APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO, para NEGAR-LHES PROVIMENTO, MANTENDO a sentença que concedeu a segurança pleiteada de forma parcial, deferindo a liminar requestada, para que a autoridade coatora, apresente imediatamente à Câmara Municipal, as cópias de todos os certames licitatórios realizados pela Prefeitura Municipal de Altaneira relativas aos exercícios financeiros de 1997.

É como voto.

Fortaleza, 20 de Agosto de 2013

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5991-76.2004.8.06.0000/0.
APELANTES: PAULO FRANCISCO LOPES FERREIRA E MARIA DO SOCORRO COSTA NERIS.
APELADO: CONDOMÍNIO EDIFÍCIO PARQUE ANHEMBI.
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE.

DECISÃO MONOCRÁTICA

EMENTA: INDENIZAÇÃO. CONDOMÍNIO AUSÊNCIA DE SALDO EM CONTA. DESPESAS NÃO COMPROVADAS. VALOR DETERMINADO POR PERÍCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. EX-SÍNDICA E ADMINISTRADOR CONTRATADO.
- Aplicação do Art. 557 do CPC.
- Apelação conhecida e desprovida.
- Sentença mantida.

RELATÓRIO

O caso/a ação originária: Condomínio Edifício Parque Anhembi ajuizou ação de indenização por danos materiais em decorrência da ausência de saldo na conta do condomínio no final da gestão da síndica. Paulo Francisco Lopes Ferreira apresentou **contestação** (fls. 42/47), afirmando que foi contratado pelo condomínio para prestar assessoria, mas que a então síndica não lhe repassava corretamente os valores e notas fiscais, inviabilizando o perfeito exercício de suas funções. Maria do Socorro Costa Neris também apresentou **contestação** (fls. 102/108), arguindo, preliminarmente, sua ilegitimidade e, no mérito, afirmando que a responsabilidade pelos valores seria do outro réu que foi contratado para administrá-los.

A Sentença: às fls. 195/198, o douto Juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza decidiu pela **procedência** da ação. Confira-se o dispositivo da decisão:

> "Diante do exposto, julgo procedente a presente ação, condenando a parte requerida ao pagamento dos danos, no valor de R$ 10.569,64 (Dez mil, quinhentos e sessenta e nove reais e sessenta e quatro centavos), segundo os cálculos fornecidos pelo perito."

Apelação: inconformado, Paulo Francisco Lopes Ferreira interpôs apelação (fls. 201/203), pugnando pela reforma da sentença, repisando os mesmos argumentos levantados em sua contestação.

Apelação: igualmente insatisfeita, Maria do Socorro Costa Neris também recorreu, renovando a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, alegando os mesmos argumentos da contestação. Estes argumentos foram reforçados por ocasião das **contrarrazões** de fls. 217/218.

O Condomínio apelado também apresentou **contrarrazões** (fls. 216/218) pugnando pela manutenção da sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o relatório. **Passo a decidir**.

FUNDAMENTAÇÃO

Trata o caso de indenização por danos materiais ajuizada contra ex-síndica de condomínio e de profissional contratado para administrar as finanças.

1. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*

Compulsando os autos, observa-se que a ilegitimidade da ex-síndica não é manifesta, mas, ao contrário, existem diversos indícios de que a recorrente possui legitimidade para atuar na presente demanda.

Como sabido, a responsabilidade pelos valores que deveriam estar no caixa do condomínio no final de sua gestão envolve questões de natureza fática que exigem a produção de prova para solução do litígio. De modo que, em primeira instância, somente foi possível aferir a existência da irregularidade e da responsabilidade após a audiência de instrução e julgamento.

Diante da clara e íntima relação existente entre a legitimidade processual e o direito material em questão, impõe-se que estes dois temas sejam tratados de maneira conjunta. É neste sentido o escólio de José Roberto dos Santos Bedaque (*in* Direito e processo. Influência do direito Material sobre o Processo. 5. Ed. São Paulo. Moderna: 2009, pág. 108):

> "A legitimidade processual nada mais é do que reflexo da própria legitimação de direito material. Da mesma forma que a validade e eficácia de um ato concernente a relação jurídica substancial depende de estar o agente investido de condição legal para praticá-lo, também o ato processual consubstanciado na demanda deve envolver sujeitos que, em tese, encontram-se naquela situação da vida trazida à apreciação do juiz. (...). É sempre a situação substancial afirmada que determina a legitimação."

Preliminar a ser analisada conjuntamente com o mérito.

2. Mérito.

A despeito das alegações levantadas por ambos os recorrentes, imputando a responsabilidade exclusiva ao outro, em verdade nenhum dos dois conseguiu provar tais alegações. Neste contexto fático e probatório, tanto Maria do Socorro Costa Neris quanto Paulo Francisco Lopes Ferreira devem responder pelo prejuízo sofrido pelo condomínio.

A síndica é a representante do Condomínio, cabendo-lhe exercer a administração interna. Entre suas obrigações está a de prestar contas e de manter guarda de toda a documentação para eventuais necessidades de verificação contábil.

No caso, ficou claro que os documentos relativos às despesas e receitas não coincidiam totalmente, indicando que a conta do Condomínio deveria conter saldo, mas que na verdade este não existia. No que concerne ao valor da diferença, esta foi estabelecida de acordo com perícia técnica realizada durante a instrução (fls. 155/164):

> "Conforme minucioso e exaustivo levantamento de receitas e despesas, efetuado no período de 01.01.1997 a 30.11.1997, a partir dos documentos que foram por mim periciados, existia em 30.11.1997 um saldo de R$ 10.569,64 (Dez mil, quinhentos e sessenta e nove reais e sessenta e quatro centavos) em favor do condomínio. Esse portanto, é o valor que deve ser entregue à nova administração"

A responsabilidade do outro recorrente tem por base Contrato de Prestação de Serviços Auxiliar à Administração do Condomínio (fls. 14/16). Ficou igualmente comprovado que o profissional não desenvolveu suas obrigações contratuais de maneira completa, tendo em vista a já mencionada ausência de saldo na conta sem a devida apresentação de despesas correspondentes.

Não é possível atribuir a responsabilidade isoladamente a nenhum dos apelantes, pois o problema nas contas resultou da atuação de ambos, que não transmitiam da maneira adequada os dados um ao outro. E, por outro lado, não há registro de reclamação por qualquer deles da violação de obrigações contratuais durante a vigência da avença.

Em situações similares já se posicionou a jurisprudência pátria, como se infere do seguinte excerto jurisprudencial:

> "AÇÃO DE COBRANÇA Pleito ajuizado pelo Condomínio em face da ex-síndica com o objetivo de receber valores indevidamente apropriados durante sua gestão Sentença de procedência Inconformismo da ré - Agravo Retido interposto contra decisão que indeferiu as preliminares argüidas de inadequação da via e falta de interesse processual Agravo não acolhido O efeito decorrente da aprovação da prestação de contas do síndico, em

> assembléia, não pode ser invocado com a pretensão de tornar indiscutíveis as circunstâncias em que se deu tal aprovação, cujas irregularidades só foram descobertas em momento ulterior à realização e formalização da assembléia Prova do pagamento efetuado à ré e ausência de comprovação do repasse à administradora do condomínio Mantida a procedência da ação e a improcedência da denunciação da lide - Negado provimento ao agravo retido e ao apelo. Isso posto, a manutenção da sentença é medida que se impõe".
> (TJSP; 9131000-97.2005.8.26.0000 Apelação; Relator(a): Viviani Nicolau; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/11/2011; Data de registro: 10/11/2011; Outros números: 3960934200)
>
> Destarte, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Por tais razões, em face do firme posicionamento jurisprudencial a respeito da matéria, com esteio nas disposições contidas no Art. 557 do CPC, **conheço das apelações interpostas para, monocraticamente, analisando a preliminar conjuntamente com o mérito, negar-lhes provimento, confirmando a sentença recorrida**, com o fim de reconhecer a responsabilidade dos recorrentes pela diferença de saldo de R$ 10.569,64 (dez mil, quinhentos e sessenta e nove reais e sessenta e quatro centavos) da conta do Condomínio apelado.

Expedientes Necessários.

Fortaleza, 24 de setembro de 2012.

PROCESSO Nº 0068112-98.2008.8.06.0001
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTES: REGINA CÉLIA SANTOS DE QUEIROZ e CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO NORDESTE DO BRASIL - CAPEF
APELADA: MARIA RODRIGUES DE QUEIROZ
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: RECURSOS APELATÓRIOS. AÇÃO DECLARATÓRIA PARA INCLUSÃO DE BENEFICIÁRIO POR MORTE. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO DA APELAÇÃO INTERPOSTA ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. INADMISSIBILIDADE DO PRIMEIRO APELO. INOVAÇÃO RECURSAL DO SEGUNDO APELO. CONHECIMENTO PARCIAL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO REJEITADA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE JULGADA IMPROCEDENTE. MÉRITO. PRETENSÃO DA EX-ESPOSA À DEPENDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA DO EX-MARIDO, FALECIDO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO APELATÓRIO DA PRIMEIRA APELANTE NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO DA SEGUNDA APELANTE CONHECIDO PARCIALMENTE E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIAL PROVIMENTO. SENTENÇA REFORMADA.

I - Na esteira do entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula nº 418, é extemporâneo o Recurso de Apelação interposto antes do julgamento dos Embargos de Declaração, salvo se houver reiteração posterior, porquanto o prazo para recorrer só começa a fluir após a publicação do decisum integrativo.

II - Descabe conhecer da segunda apelação na parte em que inova a apelante nas suas alegações, ao introduzir discussão quanto aos Princípios da Legalidade, da Separação dos

Poderes, do Ato Jurídico Perfeito, da Força Obrigatória dos Contratos e da Segurança e Equilíbrio Econômico-Financeiro e Atuarial dos Plano de Benefícios Previdenciários de natureza privada, em total desconsideração com o princípio da estabilização da demanda, insculpido no art. 264, CPC.

III - A decisão recorrida, embora concisa, satisfaz aos desideratos, possibilitando amplamente seu conhecimento e eventual impugnação.

IV - Não se conhece do recurso de Apelação no ponto referente à denunciação da lide, tendo em vista que apenas o denunciante tem interesse recursal para se opor contra a decisão que julga improcedente à denunciação da lide.

V - É legítimo o pedido de manutenção da ex-esposa como dependente previdenciária do ex-marido, conforme pactuado expressamente em acordo homologado judicialmente, na Ação de Divórcio.

VI - A existência de previsão em normas internas da entidade demandada não justifica a abrupta exclusão da demandante do benefício de que gozava há longa data.

VII - O Contrato de Previdência Privada submete-se ao Código de Defesa do Consumidor e, por isso, eventual dúvida interpretativa acerca de alguma cláusula contratual resolve-se em favor do beneficiário e seus dependentes.

VIII - A cominação da pena de multa, por interposição de embargos protelatórios, exige a presença de dolo processual. Assim, não tendo a embargante agido de forma ofensiva ao dever de lealdade, inexistindo evidências de procrastinação ao normal andamento do feito, impõe-se seja afastada a imposição da multa prevista no parágrafo único, do art. 538 do CPC.

IX - Recurso Apelatório da primeira apelante não conhecido. Precedentes.

X - Recurso Apelatório conhecido parcialmente, para rejeitar as preliminares e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, apenas para afastar a multa por litigância de má-fé imposta pelo juízo monocrático, no julgamento dos Aclaratórios, mantendo os demais pontos da sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em não conhecer do primeiro Recurso Apelatório e conhecer parcialmente do segundo, para rejeitar as preliminares e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Apelatórios interpostos por REGINA CÉLIA SANTOS DE QUEIROZ e CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO NORDESTE DO BRASIL - CAPEF, em oposição à sentença prolatada pelo juízo da 25ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, fls. 215/218, que, nos autos da Ação Declaratória para Inclusão de Beneficiário por Morte proposta por MARIA RODRIGUES DE QUEIROZ, julgou procedente o pedido autoral, deferindo, no azo, a tutela antecipada, assim:

a) Vislumbrando os requisitos do art. 273, incisos I e II do CPC, deferiu o pedido de antecipação de tutela, para determinar que a CAPEF inclua a requerente como beneficiária de pensão por morte deixada pelo *de cujos*, seu ex-cônjuge;

b) Afastou a ocorrência do litisconsorte necessário (esposa), vez que as verbas vinham sendo descontadas quando em vida o marido, restando provado que a viúva dividia o benefício com a requerente, antes do falecimento, fazendo jus a sua continuidade, estipulada no acordo judicial na Ação de Divórcio;

c) Por fim, julgou o pedido autoral procedente, com determinação de manutenção do desconto de 35% (trinta e cinco por cento) concedido a título de pensão alimentícia, devendo ser devolvidos todos os valores desde a cessação automática, ao passo que reconheceu a abusividade das cláusulas inseridas no contrato de adesão previdenciário junto a CAPEF, com fundamento nos arts. 51 e 54, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Embargos Declaratórios propostos às fls. 224/235, pela CAPEF, apontando omissões e obscuridades na decisão singular.

Recurso Apelatório proposto pela primeira apelante (REGINA CÉLIA SANTOS DE QUEIROZ), fls. 244/250, pugnando pela reforma *in totum* da sentença.

Contrarrazões dos Embargos Declaratórios, fls. 255/258.

O magistrado rejeitou os Aclaratórios, fls. 259/260, condenando a parte embargante em litigância de má-fé e aplicando a multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 538, parágrafo único do CPC.

No apelo de fls. 264/286, a instituição previdenciária alega, preliminarmente, nulidade da sentença, por ausência de fundamentação, violando, com isso, o art. 458, II da Legislação Processual Civil e arts. 5º, LV e 93, IX da Carta Magna. Defende a manutenção na lide do litisconsórcio necessário, no caso, a Sra. Regina Célia Santos de Queiroz, vez se tratar de beneficiária exclusiva da pensão. Argumenta inexistir previsão no Regulamento do plano previdenciário da CAPEF, que possibilite a manutenção de ex-cônjuge como beneficiária, em concomitância com a esposa, nos termos do Capítulo 2, Cláusulas 1.2.1 e 1.2.1.1. do Estatuto. Sustenta não poder comercializar o plano livremente, devendo estar adstrito aos princípios inerentes ao regime de previdência privada e ao regulamento. Apoia-se na impossibilidade de transmissão da obrigação de prestar alimentos, dada a sua natureza personalíssima, ao passo que o acordo firmado entre o titular do benefício e sua ex-esposa, limita-se às partes envolvidas. Aduz que a tutela jurisdicional deve observar os Princípios da Legalidade, da Separação dos Poderes, do Ato Jurídico Perfeito, da Força Obrigatória dos Contratos e da Segurança e Equilíbrio Econômico-Financeiro e Atuarial dos Plano de Benefícios Previdenciários de natureza privada. Informa a violação do art. 468 da Legislação Processual Civil, vez que a sentença recorrida ultrapassou os limites subjetivos da coisa julgada. Continua, requerendo o afastamento da multa por litigância de má-fé aplicada na oportunidade do julgamento dos Aclaratórios, bem como a responsabilidade pelo pagamento das parcelas vencidas. Ao final, pugna pela nulidade da sentença, para que outra seja proferida ou, caso superada a preliminar, seja conhecido e provido o apelo, consoante as argumentações expedidas. Como pedido alternativo, requereu a exclusão da multa aplicada nos Aclaratórios pelo juízo de primeiro grau, assim como a responsabilidade pelo pagamento das parcelas vencidas do benefício aqui discutido.

A parte autora apresentou contrarrazões ao recurso apresentado pela CAPEF, fls. 297/306, pugnando pela manutenção da decisão singular.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

RECURSO APELATÓRIO DA PRIMEIRA APELANTE

Compulsando detidamente os autos, constata-se que, publicada a sentença de procedência do pedido autoral, a segunda apelante (CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO NORDESTE DO BRASIL – CAPEF) opôs Embargos Declaratórios, fls. 224/235, que foram rejeitados, fls. 259/260.

Em data posterior à oposição dos Aclaratórios e antes do julgamento destes, a primeira apelante (REGINA CÉLIA SANTOS DE QUEIROZ) interpôs Recurso Apelatório, fls. 244/250.

Como é de conhecimento geral, a teor do art. 538 do CPC, os Embargos Declaratórios interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes, sendo certo que, somente depois da publicação da decisão daqueles, inicia-se o prazo recursal.

Assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica em afirmar que a intempestividade recursal advém não só de manifestação tardia da parte, mas, igualmente, da impugnação prematura. Nesse sentido: EDcl no HC 142.183/PA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 03/05/2010; AgRg nos EAREsp 112.505/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2012, DJe 16/08/2012.

Também assente no STJ que a aplicação da Súmula nº 418 é extensível aos recursos ordinários e não adstrita aos extraordinários. Nessa linha cito os seguintes precedentes: RMS 36304/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.03.2013, DJe 13.03.2013; AgRg no AgRg no AREsp 164.954/GO, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 28/06/2013; AgRg no REsp 1371753/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/06/2013; REsp 1225108/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 20/05/2013.

No caso dos autos, observo que a sentença foi publicada em 10/01/2013. Em ato contínuo, foram opostos Embargos de Declaração pela CAPEF em 15/01/2013 e aviada apelação pela outra promovida em 23/01/2013.

Por sua vez, verifico que a decisão dos Embargos Declaratórios foi publicada em 20/05/2013, mas a Sra. REGINA CÉLIA SANTOS DE QUEIROZ **não cuidou de renovar as razões recursais**.

Seguindo a linha esposada pelo Superior Tribunal de Justiça, entendo que a intempestividade do recurso de apelação pode ser reconhecida mesmo na hipótese dos embargos de declaração terem sido opostos pela parte contrária e **independentemente de seu resultado** (rejeitados ou acolhidos com a concessão de efeito modificativo).

Confira-se, a respeito da temática, precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO. EXTEMPORANEIDADE. CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE POSTERIOR

RATIFICAÇÃO. SÚMULA 418/STJ. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
1. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de ser intempestivo o recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida, sem a devida ratificação, por aplicação analógica da Súmula 418 do STJ, da "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação".
2. *In casu*, verifica-se que o recurso especial foi interposto em 10/04/12 (terça-feira) e o acórdão que julgou a apelação só foi publicado no DJE em 24/04/12 (terça-feira). Portanto, mostrou-se prematura a interposição do recurso especial, restando extemporâneo.
3. Agravo regimental não provido."
(AgRg no AREsp 263.464/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 10/09/2013).

"PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO INTERPOSTA ANTES DA OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA PARTE CONTRÁRIA. NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO. ART. 538 DO CPC. SÚMULA 418/STJ. RECURSO INTEMPESTIVO.
1. A jurisprudência desta Corte entende ser necessária a ratificação do recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, nos termos da Súmula 418/STJ, a qual se aplica também a outros recursos, considerando o disposto no art. 538 do CPC.
2. Na espécie, a apelação foi interposta antes do julgamento dos embargos de declaração opostos pela parte contrária, e não houve ratificação do recurso pela parte recorrente, motivo pelo qual se encontra intempestivo.
3. Agravo regimental não provido."
(AgRg no REsp 1386081/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013).

Some-se a jurisprudência firme deste Tribunal de Justiça:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO. APELAÇÃO DAS EXECUTADAS. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO APÓS O JULGAMENTO DOS ACLARATÓRIOS POR ELAS OPOSTOS. EXTEMPORANIDADE. APELAÇÃO DO BANCO EXEQUENTE. INTEMPESTIVIDADE. APELAÇÃO DO SEBRAE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA EM CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA.
1. As embargantes/executadas apelaram após a publicação da sentença por meio da qual foram julgados os embargos de declaração opostos pelo banco, mas posteriormente, após a publicação da sentença por meio da qual foram julgados os aclaratórios por elas mesmas opostos, mantiveram-se inertes.
2. Assim, é extemporânea a apelação interposta quando ainda estava pendente o julgamento de embargos de declaração. Precedentes.
3. O banco exequente, ao invés de ratificar o apelo antes interposto, quando intimado da sentença por meio da qual foram julgados os aclaratórios

pendentes, interpôs apelo com conteúdo distinto do primeiro e após o prazo de 15 (quinze) dias contados da intimação dessa sentença.
4. É vedada a cobrança de comissão de permanência em cédulas de crédito industrial, pois o Decreto-lei nº 413/69, que rege esse tipo de contrato, só prevê para o período de inadimplência a elevação dos juros remuneratórios em 1% ao ano, correção monetária e multa contratual.
5. As peculiaridades do caso concreto, atendidos os critérios estabelecidos no § 3º do art. 20 do CPC, autorizam a majoração da verba honorária para R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).”
(Apelação cível nº 458764-69.2000.8.06.0001/1, Relator Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3ª Câmara Cível, Registrado em 06/12/2011).

“APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ANTERIOR A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. RECURSO EXTEMPORÂNEO.
1 - No caso dos autos, a sentença foi publicada em 02/05/2007, interpostos embargos declaratórios, às fls. 248/252, em 07/05/2007, posteriormente foi apresentada apelação em 17/05/2007, às fls. 255/281, às fls. 254. Em 16/05/2007 a magistrada de piso recebeu os embargos interrompendo o prazo para interposição dos mais recursos.
2 - Após a ascendência dos autos a instância *ad quem*, proferi despacho determinando a remessa dos autos ao juízo *a quo* para a devida apreciação dos embargos declaratórios.
3 - Julgados os embargos às fls. 310/312, sendo devidamente intimadas as partes em 14/08/2012.
4 - Ocorre que a apelante não ratificou a apelação anteriormente interposta, portanto não havendo ratificação posterior, deve o apelo ser considerado extemporâneo, não podendo assim, ser reconhecido. Precedentes do STF e do STJ.
5 - Recurso de apelação não conhecido.”
(Apelação cível nº 680897-24.2000.8.06.0001-1, Relator Jucid Peixoto do Amaral, 6ª Câmara Cível, Registrado em 27/02/2013).

“PROCESSUAL CIVIL. Recurso apelatório interposto em momento posterior ao da apresentação de embargos declaratórios pela parte adversa e anterior ao julgamento destes. Necessidade de ratificação após a publicação da decisão dos embargos. Ausência de ratificação. Impossibilidade de conhecer-se da apelação.
- O Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento no sentido de que é imprescindível a ratificação/reiteração de recurso quando interposto antes do julgamento de embargos de declaração, visto que os aclaratórios interrompem o prazo para propositura de outros recursos. Precedentes: REsp 886.405/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em DJe 1/12/2008; REsp 1.009.424/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2/12/2010; e REsp 659.663/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJe 22/3/2010.
- "De acordo com o entendimento firmado nesta Corte de Justiça, é necessária a ratificação da apelação interposta antes do julgamento dos embargos de declaração, ainda que estes tenham sido opostos pela parte contrária." (EDcl no AREsp 50.821/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA

> TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 01/02/2012). APELAÇÃO NÃO CONHECIDA."
> (Apelação cível nº 477124-55.2000.8.06.0000/0, Relator Francisco de Assis Filgueira Mendes, 2ª Câmara Cível, Registrado em 22/03/2013).

E a repetição de julgados, reconhecendo a imprescindibilidade de ratificação do recurso, deu ensejo à edição da Súmula nº 418 do STJ, a qual dispõe que:

> "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação".

Desse modo, induvidosa a **intempestividade** do apelo aviado pela primeira apelante que deixou de ratificá-lo após o julgamento dos embargos dentro do lapso temporal próprio de 15 (quinze) dias, tendo em vista que somente a partir da publicação da decisão dos aclaratórios é que houve a integralização da sentença, sendo aquela data (da publicação) o *dies a quo* do prazo recursal, dada a sua interrupção por força do art. 538, *caput*, do Código de Processo Civil.

Amparado em tais fundamentos, não conheço da apelação, interposta pela primeira apelante (REGINA CÉLIA SANTOS DE QUEIROZ), porquanto intempestiva.

RECURSO APELATÓRIO DA SEGUNDA APELANTE

Preambularmente, não conheço da apelação interposta pela CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO NORDESTE DO BRASIL – CAPEF no tocante à alegação de que a tutela jurisdicional deve observar os Princípios da Legalidade, da Separação dos Poderes, do Ato Jurídico Perfeito, da Força Obrigatória dos Contratos e da Segurança e Equilíbrio Econômico-Financeiro e Atuarial dos Plano de Benefícios Previdenciários de natureza privada, vez que se trata de flagrante inovação recursal, em afronta ao princípio da estabilização da demanda, insculpido no art. 264 do Código de Processo Civil.

PRELIMINAR

NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO

A decisão recorrida, embora concisa, satisfaz aos desideratos, possibilitando amplamente seu conhecimento e eventual impugnação, não sendo imprescindível que faça referência expressa a qualquer norma legal, entendimento jurisprudencial ou corrente doutrinária, desde que contenha suficientemente suas razões e seu embasamento

legal, admitindo, assim, a fundamentação sucinta, porém suficiente ao enfrentamento da matéria em debate.

Dito isso, segue rejeitada a preliminar.

DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO

Sabe-se que a denunciação da lide é uma demanda incidente que veicula, substancialmente, pretensão regressiva. A propósito, FREDIE DIDIER JR. nos ensina que, *verbis*:

> "O denunciante visa ao ressarcimento pelo denunciado de eventuais prejuízos que porventura venha a sofrer em razão do processo pendente. Não há, portanto, qualquer afirmação de existência de relação jurídica material entre o denunciado e o adversário do denunciante. Afirma-se a existência de uma relação jurídica entre o adversário do denunciante e o denunciante e entre o denunciante e o denunciado. [...] É, ainda, demanda eventual. Eventual porque feita sob condição: a demanda regressiva somente será examinada se o denunciante, afinal, for derrotado na demanda principal. A primeira demanda é preliminar em relação à denunciação, pois se o denunciante for vitorioso na ação principal, a ação regressiva sequer será examinada; se o denunciante sucumbir, a ação de denunciação tanto poderá ser procedente como improcedente."
> (*In* Curso de Direito Processual Civil, Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento, 14ª edição, Bahia, Editora *Jus Podivm*, 2012, p. 380/381).

No caso concreto, a sentença recorrida julgou improcedente a denunciação da lide, de modo que apenas a denunciante, em princípio, responderia pela obrigação reclamada na inicial.

Sem adentrar na análise da conveniência ou não da denunciação da lide ao caso específico dos autos, certo é que, referido instituto de intervenção de terceiro é de interesse exclusivo da denunciante. Por conseguinte, apenas ela tem interesse recursal para se opor contra a decisão que julga improcedente a denunciação da lide.

Feitas essas considerações, não conheço do segundo recurso, nesse particular.

MÉRITO

No que toca à questão de mérito, destaco que o presente feito cinge-se à análise da existência, ou não, de direito da ex-esposa continuar recebendo, através de benefício previdenciário, o percentual acordado com o ex-marido na Ação de Divórcio.

Em confronto com o pedido da demandante, a segunda ré assevera que inexiste previsão no Regulamento da CAPEF para condição de dependente à ex-cônjuge.

Do que vejo dos elementos de prova constantes dos autos, a sentença deve ser confirmada no ponto, eis que, mesmo que a divorciada não tenha sido incluída como dependente, entendo que a mesma, tendo sido pensionada pelo ex-marido, assim deve ser tratada para fins previdenciários, eis que provada, *in casu*, a relação de dependência econômica, através do acordo celebrado na Ação de Divórcio, ocorrido em outubro de 1978, fls. 21/22.

Considerando que o pacto prevê a intenção do segurando em contribuir para o sustento de sua ex-esposa, e sopesando que o benefício vem sendo utilizado por longo período, mais de 30 (trinta) anos, não seria razoável, agora, admitir a abrupta interrupção do benefício de que a apelada gozava há longo tempo, em razão de decisão unilateral, fundada em normas internas da requerida.

Sem dúvida, este comportamento sistemático, terminou por criar um direito, pois reconhece a necessidade da parte autora ser amparada com a assistência financeira, confiante na manutenção do auxílio em razão do longo lapso temporal em que a situação se manteve.

Por outro lado, não há dúvida de que a suspensão da cobertura acarretará à apelada severos prejuízos, por se tratar de pessoa idosa, contando atualmente com mais de 74 (setenta e quatro) anos, como se constata da documentação anexada aos autos.

Na hipótese em análise, entendo razoável e prudente dar prevalência ao interesse da autora, que ostenta caráter alimentar de urgência, privilegiando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

De mais a mais, cabe lembrar que a matéria envolve contrato de previdência, sujeitando-se às normas do Código de Defesa do Consumidor, porquanto amoldada à definição de relação consumerista, conforme a letra do § 2º, do art. 3º da Lei nº 8.078/90, *verbis*:

> "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".

De qualquer modo, mesmo que a CAPEF possa enquadrar-se no modelo de auto-gestão, em que seus próprios associados supervisionem ou tenham a gestão dos serviços, nem por isso deve arredar a incidência dos ditames consumeristas, como bem dito na sentença, fl. 218:

> "Ora, o contrato em tela é de adesão, nos termos do art. 54, do CDC, com cláusulas abusivas, estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de serviços, a teor do art. 51, do CDC, independentemente da promovente ter aceitado essas cláusulas do contrato, elas não podem e não devem ser cumpridas, pois são abusivas, não possuindo validade."

Com isso, homologado judicialmente o acordo celebrado entre a demandante e o *de cujus* na Ação de Divórcio, não se justifica a supressão do benefício em caso de falecimento do beneficiário. Retirá-lo, sob o argumento de que constituem direito personalíssimo, implicaria flagrante violação à vontade do ex-marido em prestar auxílio à sua ex-esposa.

Quanto a matéria relativa aos limites da coisa julgada, deve-se transcrever os termos do art. 467 do CPC, que define a situação:

> "A eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário."

Acrescendo, dispõe o art. 468, do mesmo diploma legal:

> "A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas".

De não menos importância é o enunciado no art. 472, também do CPC (em sua primeira parte), que assevera:

> "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros".

Assim, para que se vislumbre a coisa julgada, é imprescindível tanto a obediência aos seus limites objetivos e subjetivos.

Com efeito, a situação dos autos não trata sobre direito a pensão alimentícia, mesmo porque não é essa a proposta da petição inicial (reconhecer situação de dependência junto à CAPEF). Observa-se que, embora o pedido da demandante se confunda com o resultado da Ação de Divórcio, pensão alimentícia na base de 35% (trinta e cinco por cento), não há a necessária identidade entre as partes aqui litigantes.

Ausente a identidade entre as partes, verifica-se relação jurídica diversa, desautorizando a configuração da coisa julgada.

Em relação ao pedido de afastamento da multa aplicada na ocasião do julgamento dos Aclaratórios, como dispõe o art. 17 do Código Processual Civil, reputa-se litigante de má-fé aquele que: a) deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei; b) alterar a verdade dos fatos; c) usar do processo para conseguir objetivo ilegal; d) opor resistência injustificada ao andamento do processo; e) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; f) provocar incidentes manifestamente infundados e, ainda, g) interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Por sua vez, prescreve o parágrafo único, do art. 538 do citado diploma processual que, em caso de Embargos Declaratórios, manifestamente protelatórios, será

o embargante condenado na multa não excedente a 1% do valor da causa.

Obviamente, a aplicação da multa somente ocorrerá quando demonstrado o caráter protelatório dos embargos, sem qualquer base jurídica, resultante de conduta ofensiva ao dever de lealdade e inspirada na intenção de prejudicar o andamento processual, postergando o seu desfecho.

Ocorre que, no caso em julgamento, não diviso o reputado intuito protelatório.

Isso porque, a meu ver, não há ilícito processual se a parte simplesmente tenta fazer prevalecer seu entendimento, mediante recurso que lhe é assegurado no ordenamento processual.

Nesse contexto, não vejo como enquadrar os declaratórios, embora rejeitados, na moldura do art. 538, parágrafo único, do diploma instrumental, por não poder se inferir terem sido utilizados para a procrastinação do normal andamento do feito.

Portanto, se a apelante buscou, com seu pedido, apenas aclarar o *decisum*, com a supressão de omissões e obscuridades, não há de se falar em litigância de má-fé, devendo ser afastada a multa aplicada.

Finalmente, em relação ao pedido de indicação de responsabilidade do pagamento das parcelas vencidas, não o conheço, vez que inexiste requerimento na exordial.

Inovador que é o pleito, extravasa os limites da lide, fato que implicaria a supressão de instância, malferindo o princípio da ampla defesa, não podendo, por isso, ser objeto de análise nesta instância recursal, a teor do disposto nos arts. 264, parágrafo único e 515, ambos do CPC.

Ante o exposto, por despiciendas outras considerações, não conheço do recurso apelatório da primeira apelante (esposa do *de cujus*), ao passo que conheço parcialmente do Recurso Apelatório da CAPEF para, rejeitar as preliminares levantadas e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, apenas para afastar a pena de litigância de má-fé imposta pelo juízo monocrático, na oportunidade do julgamento dos Aclaratórios.

É como voto.

Fortaleza, 20 de setembro de 2013

PROCESSO Nº 0068205-32.2006.8.06.0001.
NATUREZA: APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE.
APELADA: T.S. COMÉRCIO FARMACÊUTICO LTDA.
AÇÃO DE ORIGEM: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, DANO MATERIAL E LUCRO CESSANTE.
LOCAL DE ORIGEM: 26ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA – CEARÁ.
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: CIVIL. CORTE INDEVIDO DE ENERGIA ELÉTRICA - OCORRÊNCIA. NEXO DE CAUSALIDADE. PESSOA JURÍDICA - DANO MORAL CONFIGURADO – POSSIBILIDADE - REPARAÇÃO. DANO MATERIAL - AUSÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS – MARCO INICIAL - ARBITRAMENTO E CITAÇÃO RESPECTIVAMENTE - PRECEDENTES DO STJ.

1. Trata-se de pedido de reparação moral e material por suspensão de fornecimento de energia elétrica à empresa apelada.

2. A Pessoa Jurídica pode sofrer dano moral. Precedentes. Súmula nº 227 do STJ e Artigo 52 do Código Civil

3. Reconhecido o nexo de causalidade pela suspensão indevida do fornecimento de energia elétrica, impõe-se o dever da reparação pelo dano moral.

4. É possível a redução do valor do dano moral para adequação aos parâmetros adotados pelos Tribunais. Precedente. Súmula nº 420 do STJ.

5. A falta de relação de produtos danificados, assim como a falta de comprovação do lucro cessante, descaracteriza o dano material.

6. Os juros devidos por condenação decorrente de responsabilidade contratual incidem a partir da citação, a teor do que dispõe o artigo 405 do Código Civil.

7. A correção monetária sobre a condenação ao dano moral se dá a partir de seu arbitramento. Precedente. Súmula nº 362 do STJ. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso de Apelação Cível nº 0068205-32.2006.8.06.0001, em que figuram as partes indicadas,

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

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pela Companhia Energética do Ceará (Coelce) contra sentença exarada pelo MM. Juiz de Direito da 26ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza - Ceará, em procedimento ordinário de Ação de Indenização por Dano Moral, Dano Material e Lucro Cessante que a apelada promoveu contra a apelante – fls. 323/340.

Quanto aos fatos, a promovente na ação original, aqui apelada, buscou reparação moral alegando não ser responsável pela discrepância no registro do consumo da energia produzida pela empresa apelante, cuja substituição do medidor sem a devida comunicação provocou o corte do fornecimento e efetivo constrangimento a ela, apelada, assim como injustificada cobrança sobre tal serviço.

A sentença atacada decidiu pela procedência parcial do pedido inicial, admitindo a impropriedade da cobrança, mas imputando débito à apelada pelo valor do ciclo posterior à substituição do medidor, além de, reconhecendo o constrangimento pelo corte do fornecimento da energia, condenar a promovida, aqui apelante, ao pagamento de indenização por dano moral em R$ 20.500,00 (vinte mil e quinhentos reais), e ao ônus da sucumbência – fls. 312/318.

Nas razões do recurso, a apelante afirma a legalidade de seus atos com base em resolução da Agência Reguladora, pela qual não existe temporalidade para cobrança de valores decorrentes de irregularidades imputáveis ao consumidor – fls. 323/340.

Neste sentido, a empresa apelante assevera ter substituído o medidor para avaliação técnica, a qual concluiu pelo travamento das engrenagens de medição sem permitir registro do consumo. Alega então ter faturado o débito por orientação do artigo 71 da resolução nº 456/2000 da ANEEL, e artigo 6º da resolução nº 33 da ARCE, os quais permitem o cálculo pela média aritmética dos três últimos faturamentos, limitados apenas a um ciclo de consumo.

Discorre ainda, a recorrente, sobre a legalidade do corte efetuado em decorrência da inadimplência da apelada, e destaca a ausência de comprovação do dano

moral alegado, o qual, em sua visão, não passou de mero aborrecimento causado pela própria empresa recorrida ao omitir o pagamento do consumo referente ao mês relatado.

A empresa apelante considera ainda, em caso da ocorrência do dano, o valor arbitrado como excessivo, devendo, em seu sentir, ser reduzido à proporção de sua responsabilidade.

A empresa apelante também se insurge contra o ônus sucumbencial, uma vez que decaiu sobre parcela mínima do pedido cabendo à apelada suportar o ônus condenatório, ou, não sendo considerada a inversão, que haja distribuição do ônus por sucumbência recíproca.

Por derradeiro, a recorrente ressalta a omissão da sentença quanto ao termo inicial de incidência dos juros e da correção monetária, os quais devem iniciar a partir da citação e do arbitramento, respectivamente. Requer, ao final, o provimento do recurso nestes termos.

Contrarrazões da empresa apelada, afirmando que a sentença não merece reforma por se encontrar revestida das formalidades legais contidas na legislação pertinente. Para tanto, discorre sobre os atos praticados pela empresa fornecedora quanto à substituição do medidor sem comunicação formal, quanto à cobrança de valor indevido sobre energia não consumida, e sobre o corte de fornecimento quando a cobrança ainda se encontrava dependente de apreciação judicial.

Considera o valor arbitrado condizente com o constrangimento sofrido, embora menor do que a quantia pretendida, pugnando, ao final, pelo improvimento do recurso – fls. 362/364.

Desnecessária a atuação da douta Procuradoria Geral de Justiça a teor do artigo 53 do RITJCE.

É, em síntese, o relatório.

À douta Revisão.

VOTO

Como relatado, trata-se de recurso de apelação por parte da Companhia Energética do Ceará – COELCE, em face da decisão judicial de primeiro grau que condenou a apelante ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 20.500,00 (vinte mil e quinhentos reais).

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

Pelos fatos depreende-se que a concessionária de energia estadual detectou problemas no registro de fornecimento de energia elétrica à empresa apelada e retirou o medidor para aferição técnica.

A perícia unilateral concluiu pelo travamento das engrenagens do medidor, razão da ausência do registro de consumo pela empresa apelada. A concessionária então quantificou a energia que deixou de ser registrada e emitiu faturamento sobre este consumo, cujo valor foi contrariado pela empresa apelada alegando não ter dado causa ao problema.

Restringe-se a demanda, então, em verificar a justificativa da empresa apelante para cobrança do consumo sem registro à luz das resoluções emitidas pelas agências reguladoras, e a legalidade do corte de fornecimento que gerou o dano argumentado.

Além disso, pretende a recorrente que se aprecie a aplicação dos juros e da correção monetária, além da sucumbência.

Para tanto, a própria concessionária estadual afirma em suas razões de apelo que não imputou qualquer responsabilidade à empresa apelada relativa à omissão do medidor em registrar o consumo, e que a cobrança se deu de forma lícita pelo que dispõem os artigos 71, 72 e 75, todos da resolução nº 456/2000 da ANEEL, e o artigo 6º da resolução nº 33 emitida pela ARCE.

A sentença recorrida, porém, reconheceu a correção da empresa apelante em dirimir o problema do medidor e a existência do débito no período considerado como de consumo "zero", mas considerou incorreto o cálculo apresentado, adotando a fundamentação do parágrafo 3º do citado artigo 71 da resolução nº 456/2000 da ANEEL para definir seu valor em R$ 1.622,76 (Um mil seiscentos e vinte e dois reais e setenta e seis centavos), referente ao ciclo posterior à instalação do novo equipamento e como informado pela planilha da própria apelante (fls. 125).

Não me parece correta dita fundamentação, porquanto o parágrafo 3º do artigo 71 da mencionada resolução se refere à falta ou imprecisão de dados de deficiência provocada por excesso de carga à revelia da concessionária, como especificado no parágrafo segundo do mesmo artigo, ou seja, por culpa do usuário, o que não é o presente caso.

Assim, a comprovada deficiência do medidor sem responsabilidade do usuário enseja a cobrança do período pela média aritmética dos três últimos faturamentos, a teor do '*caput*' do artigo 71 da resolução analisada.

Merece reforma a sentença neste aspecto.

Observo então que a empresa concessionária apresentou planilha de cálculo para definir o valor faturável pela média aritmética dos três últimos consumos – vide fl. 121.

Além disso, merecem destaques outras planilhas acerca do consumo da unidade da apelada e dos valores pagos – vide fls. 118 e 125.

Da análise de tais planilhas, se depreende que o período de consumo corresponde ao período entre as leituras dos medidores.

Assim, a leitura que identificou o problema no medidor se deu em 09/09/2004. Em data anterior (09/08/2004) houve registro de consumo, assim como, após a instalação do novo equipamento (08/10/2004). Conclui-se que o período correspondente à inoperância do medidor vai de 09/08/2004 até 09/09/2004.

Entretanto, sem justificativa aparente, a concessionária considerou, para cobrança do consumo não registrado, o período de 18/08/2004 até 18/09/2004 (data da inspeção do medidor), o que exclui a leitura desde o dia 09/08/2004 até o início considerado (18/08/2004), mas cobra em duplicidade o período compreendido entre 09/09/2004 até 18/09/2004, uma vez que já foi pago pela fatura do mês de outubro, mas se inclui na presente cobrança – fl. 19 e fl. 121.

De qualquer forma, o que se verifica é que, considerando o período em que não houve registro do consumo, o demonstrativo de cálculo apresentado pela concessionária desconsiderou a leitura registrada em 09/08/2004, que apresentava 2.615 kWh de consumo anterior, para obtenção da média aritmética dos faturamentos – fl. 118.

Ora, o '*caput*' do artigo 71 da resolução nº 456/2000 da ANEEL é claro ao determinar a adoção "das respectivas médias aritméticas dos 3 (três) últimos faturamentos." O faturamento imediatamente anterior à leitura que identificou a inoperância do medidor corresponde ao mês de agosto/2004, cuja leitura, como dito, registrou 2.615 kWh de consumo, inexistindo razão para que seja dispensada da composição do cálculo.

Assim, considerando os consumos anteriores relativos a 09/08/2004 (2.615 kWh), a 08/07/2004 (4.745 kWh) e a 09/06/2004 (5.299 kWh), a média aritmética importa em 4.219,66 kWh, da qual deve ser abatido o consumo mínimo já adimplido (100 kWh), totalizando 4.119,66 kWh para ser efetivamente cobrado no período em que não houve o registro do consumo na unidade questionada, limitado a um ciclo como detalhado na planilha de cálculo e esclarecido nas razões do apelo.

Assim, verificado o valor da tarifa de consumo (R$ 0,31830), o débito real importa em R$ 1.311,28 (Um mil trezentos e onze reais e vinte e oito centavos).

Portanto, deve ser alterada a sentença para constar o valor correto do débito da empresa apelada pelo consumo do período considerado.

Quanto ao dano moral, a empresa apelante discorre sobre a ausência de sua comprovação e afirma não ter dado causa ao prejuízo alegado, porquanto agiu no estrito cumprimento da legislação ao efetuar o corte do fornecimento de energia em decorrência do inadimplemento do consumidor.

Na verdade, as insurgências da empresa apelada junto à própria concessionária, e, posteriormente, junto à agência reguladora, demonstram a

continuidade da discussão acerca da responsabilidade do consumo não registrado, ou mesmo de sua quantificação e valor – fls. 20/42.

Desta forma, é de se considerar abusivo o comportamento da concessionária em suspender o fornecimento da energia sem a devida conclusão dos incidentes interpostos junto aos órgãos reguladores, causando, efetivamente, algum dano à imagem da empresa apelada, porquanto o corte foi realizado durante o expediente e na presença de clientes e fornecedores, fato que não foi contrariado pela empresa apelante.

Por outro lado, cediço que a pessoa jurídica também sofre dano moral. É o que estabelece a súmula nº 227 do STJ.

Outro passo normativo que assentou ainda mais o postulado defendido na súmula foi o artigo 52 do Código Civil, que estabelece o seguinte:

> "Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade".

Ou seja, embora a Constituição Federal tenha reconhecido o direito às pessoas jurídicas por ressarcimento em dano moral, como decorre do inciso V do artigo 5º, a lei ressalvou algumas possibilidades inerentes ao ser humano ao inserir a expressão "no que couber", porquanto nem toda ofensa reflete o mesmo agravo à personalidade jurídica.

Julgado do Tribunal Superior de Justiça reforça o entendimento de que nem todos os agravos afeitos ao ser humano são aplicáveis à pessoa jurídica.

Veja-se abaixo:

> "Ementa: Direito empresarial. Contrafação de marca. Produto falsificado cuja qualidade, em comparação com o original, não pôde ser aferida pelo Tribunal de Justiça. Violação da marca que atinge a identidade do fornecedor. Direito de personalidade das pessoas jurídicas. Danos morais reconhecidos.
> - […]; - Certos direitos de personalidade são extensíveis às pessoas jurídicas, nos termos do art. 52 do CC/02 e, entre eles, se encontra a identidade.; […]". (REsp 1032014/RS; Rec. Esp. 2008/0033686-0; Rel. Min. Nancy Andrighi; Órgão: 3ª T; Julg. 26/05/2009; Fonte DJe 04/06/2009; RSTJ vol. 215 p. 466).

Por outro lado, a melhor doutrina tem procurado identificar ofensas capazes de produzir agravo à pessoa jurídica suficientes à impetração do dano moral, como reproduzido adiante:

> "... Mas, no nosso entender, as pessoas jurídicas têm direitos da personalidade, como o direito ao nome, à marca, à honra objetiva (RT, 776:195), à imagem, ao segredo, à boa reputação, etc., por serem entes

> dotados de personalidade pelo ordenamento jurídico – positivo." (Diniz, Maria Helena; comentário ao artigo 52; Código Civil Anotado; Ed. Saraiva; 14ª Ed.; São Paulo; 2009; p. 104).

Neste tocante, como dito alhures, a suspensão da energia se deu em horário comercial e perante clientes e fornecedores da empresa apelada, fato este que não foi contrariado pela recorrente.

Assim, deve ser reconhecida a lesão sofrida pela recorrida quanto à sua credibilidade social, quanto à sua idoneidade empresarial e quanto à sua potencialidade econômica.

Ora, o dever de indenizar decorre de lei. É o que se observa pelo artigo 186 do Código Civil. Ademais, a atuação positiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviço público que, nessa qualidade, causarem dano a terceiros responderão pelo prejuízo, como dispõe o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

Ou seja, o preceito estabelece que o simples exercício da função pública causadora do dano prescinde da prova de culpa ou dolo de quem a ensejou, caracterizando a responsabilidade objetiva do estado. Assim, havendo o reconhecimento do nexo entre a atividade estatal e o prejuízo causado, a lei impõe o dever de indenizar.

Constatado o ilícito e o nexo de causalidade, resta, portanto, depurar se os danos sofridos merecem a fixação da quantia indicada na sentença, como pertinente a reparar e compensar os prejuízos enfrentados pela recorrida.

Para tanto, é sempre importante lembrar que o dano moral, o qual origina o dever de indenizar, dispensa prova concreta para a sua caracterização.

Conforme doutrina abalizada sobre a matéria, a indenização por dano moral deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido e de infligir ao causador sanção e alerta para que não volte a repetir o ato.

Com efeito, a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa para a vítima e produza impacto bastante no causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado.

E, para aprimorar esta percepção, do STJ colhemos que "o critério que vem sendo adotado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo, contudo, o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades e aos fatos de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito". (REsp 1133386/RS; Rel. Min. HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO; 4ª T; Jul. 17/06/2010 Publicação/Fonte DJe 30/06/2010).

A par disso, a mesma Corte decidiu sobre a impossibilidade de discutir valores de indenização por danos morais em sede de embargos de divergência – súmula 420, e, nos demais procedimentos, proceder alteração somente quando o valor arbitrado se mostrar irrisório ou exorbitante, situação que, em meu pensar, se apresenta no caso em análise.

Aferir a suscetibilidade de alguém, ou quanto sua sensibilidade foi afetada a ponto de causar transtorno emocional, é missão espinhosa. No caso, porém, mostra-se inconsistente a argumentação da empresa apelante quando declara que a apelada não cuidou de demonstrar que tenha efetivamente sofrido dano moral de qualquer espécie.

Além de, como acima detalhado, prescindir de prova concreta para sua caracterização, o dano moral decorrente da relação de consumo se submete à inversão do ônus da prova para comprovação de sua inexistência, como estabelece o inciso VIII do artigo 6º do CDC.

Cediço que não existe uma tabela para fixar o dano moral, devendo seu valor ser aferido mediante as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, cujos parâmetros exigem o caráter punitivo, a advertir severamente o causador do dano, e o caráter compensatório para que a vítima, ainda que precariamente, se recomponha do mal sofrido.

Portanto, razoável o montante que acoberte o dano moral suportado comprovadamente por culpa da apelante. A Corte Superior de Justiça já enfrentou questionamento quanto ao valor do dano moral em caso similar, tendo emitido decisão que reproduzo adiante:

> "Ementa: ADMINISTRATIVO. **CORTE INDEVIDO DE ENERGIA ELÉTRICA**. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. VALOR FIXADO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. REEXAME DE PROVAS.
> 1. […]; 2. […];
> 3. Tampouco merece êxito a inconformidade quanto ao valor fixado a título de indenização por danos morais. Com efeito, a referida discussão também demanda reexame de provas e esbarra na Súmula 7/STJ.
> 4. **A quantia arbitrada R$ 6.000,00 (seis mil reais) não se afigura exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pelo ora recorrido, e não se afasta das circunstâncias do caso concreto, das condições econômicas das partes ou da finalidade da reparação, ou mesmo dos mais recentes parâmetros jurisprudenciais**. Agravo regimental improvido.". (sic) (Destaquei) (STJ; AgRg no AREsp 465/RS; AgRg no AREsp 2011/0026082-6; Rel. Min. Humberto Martins; Órgão 2ª T; Julgamento 07/04/2011; Fonte DJe 14/04/2011).

Entendo, assim, que, considerando o tempo em que permaneceu suspenso o fornecimento de energia (cerca de uma hora, conforme boletim de fl. 50), a quantia estabelecida pelo julgado acima reproduzido corresponde ao valor mais adequado a ser arbitrado para a reparação moral pleiteada.

Portanto, sopesando os ensinamentos supra e atento às circunstâncias do caso, e, ainda, com esteio no princípio da razoabilidade, entendo que se impõe a alteração do '*quantum*' condenatório, de modo que a indenização por dano moral deverá ser reduzida para o montante de R$ 6.000,00 (seis mil reais), por atender, com mais propriedade, aos parâmetros adotados pela Corte Superior de Justiça aos casos similares.

Quanto ao dano material e lucro cessante, entendo caber razão ao magistrado da causa. Efetivamente, a empresa apelante não produziu prova cabal do estrago causado pelo corte de energia se nem relacionou os medicamentos supostamente danificados por descongelamento, nem discriminou quanto deixou de faturar, impossibilitando a fixação de seu valor, não merecendo guarida a quantia pretendida no pedido inicial (R$ 3.000,00) por se tratar de mera especulação.

Com relação à alegação da empresa apelante sobre a sucumbência, entendo não proceder.

A Corte Superior de Justiça entendeu que o valor do dano moral não é suscetível de avaliação monetária, como se depreende do julgado adiante reproduzido:

> "Ementa: Direito empresarial. Contrafação de marca. Produto falsificado cuja qualidade, em comparação com o original, não pôde ser aferida pelo Tribunal de Justiça. Violação da marca que atinge a identidade do fornecedor. Direito de personalidade das pessoas jurídicas. Danos morais reconhecidos.
> - O dano moral corresponde, em nosso sistema legal, à lesão a direito de personalidade, ou seja, a bem não suscetível de avaliação em dinheiro. […]". (REsp 1032014/RS; Rec. Esp. 2008/0033686-0; Rel. Min. Nancy Andrighi; Órgão: 3ª T; Julg. 26/05/2009; Fonte DJe 04/06/2009; RSTJ vol. 215 p. 466).

Assim, não caracteriza sucumbência a condenação em dano moral inferior a valores pedidos ou sugeridos, como já decidido pela Corte Superior de Justiça, que emitiu a súmula nº 326 como expresso adiante:

> "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca."

Portanto, não procede a argumentação da apelante sobre o decaimento mínimo da ação, porquanto, embora a sentença tenha se restringido ao prejuízo moral, este configurou condenação substancial submetida à orientação da súmula aqui

reproduzida, pela qual inexiste ônus recíproco, devendo ser mantida a decisão quanto à fixação da sucumbência.

Por último, alegando omissão da decisão, a empresa apelante pretende que o marco inicial para incidência dos juros se dê a partir da citação, a teor do que dispõe o artigo 405 do Código Civil, e a aplicação da correção monetária seja a partir do arbitramento do valor do dano moral.

A princípio deve ser destacado que a omissão da decisão é passível de embargos declaratórios para o devido aclaramento, o que não se deu na espécie. Entretanto, para evitar maiores prejuízos aos contendores, passo a definir o termo inicial da atualização monetária, como pleiteado.

Para tanto, sobre a questão, entendo pertinente algumas considerações.

Concomitante à regra do artigo 405 do Código Civil, subsiste entendimento jurisprudencial do STJ através da súmula nº 54, que prevê a incidência dos juros a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

O ponto controvertido diz respeito, também, ao artigo 398 do Código Civil, e constitui o fundamento legal da súmula mencionada.

A obrigação de indenizar decorre do artigo 186 do Código Civil, que estipula como ato ilícito a ação ou omissão voluntária e a negligência ou imprudência que viole direito ou cause dano a outrem.

Ou seja, o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica causa dano patrimonial e/ou moral a alguém, criando o dever de repará-lo independentemente de culpa, nos casos previstos em lei, ou se a natureza da atividade do causador do dano implicar em risco (vide art. 927, CC).

Os juros daí advindos serão devidos de acordo com a previsão legal para os casos específicos de constituição em mora para as diversas espécies de responsabilidade.

A esse respeito reproduzo adiante comentários sobre o artigo 405 do Código Civil, emitidos por Hamid Charaf Bdine Jr. em 'Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência':

> "O presente artigo teve sua redação modificada em relação ao seu correspondente no Código revogado, que só se referia à citação como termo inicial dos juros para as obrigações ilíquidas. Essa alteração tem levado alguns autores a considerar que todas as obrigações, líquidas ou não, só estão sujeitas aos juros de mora a contar da citação. No entanto, a afirmação merece algumas reflexões. Os juros de mora são devidos em razão do atraso no cumprimento da obrigação, como está anotado nos comentários ao artigo seguinte. Dessa forma, se a obrigação, líquida ou não, não for cumprida tempestivamente, na forma e no tempo devidos, os juros serão devidos desde o inadimplemento. Destarte, no caso do ato ilícito, a mora se verifica desde o momento em que ele é praticado (art. 398), no caso de obrigações positivas e líquidas, desde o termo previsto (art. 397) e, se não

> houver termo, desde a interpelação (art. 397, parágrafo único). Como se vê, há hipóteses em que a mora se verifica antes da citação, não havendo razão para que os juros só sejam contados dessa oportunidade, na medida em que o inadimplente já está em mora e conhece sua obrigação de saldar o prejuízo. A solução mais adequada, portanto, é concluir que o artigo em exame tem natureza geral, aplicando-se a todos os casos em que não houver regra expressa de constituição em mora – de que são exemplos os arts. 397, parágrafo único e 398." (Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência; Coordenador Cezar Peluzo; Ed. Manoel; Barueri, SP; 3ª ed.; 2009; pp. 421/422).

Conclui-se, então, pela aplicação do artigo 405 do CC, como regra geral, aos casos que não possuem determinação específica para o termo inicial de contagem de juros. Veja-se ainda o entendimento perfilhado pelo Conselho de Justiça Federal, cujo enunciado nº 163 foi aprovado na III Jornada de Direito Civil com o seguinte teor:

> "A regra do art. 405 do novo Código Civil aplica-se somente à responsabilidade contratual, e não aos juros moratórios na responsabilidade extracontratual, em face do disposto no art. 398 do novo Código Civil, não afastando, pois, o disposto na súmula 54 do STJ".

Também nessa esteira a interpretação doutrinária da súmula nº 54 do STJ, como reproduzida adiante:

> "Como, no dizer do art. 398 da lei civil, considera-se o devedor em mora desde a prática do ato ilícito, é deste mesmo momento que começam a contar os juros moratórios, pois a mora, aqui, é *presumida*, não se lhe aplicando a regra do art. 405, que manda contar os juros da citação, porque diz respeito à responsabilidade contratual." (Súmulas do Superior Tribunal de Justiça; Roberval Rocha Ferreira Filho e Albino Carlos Martins Vieira; Ed. Podivm; 2009; Salvador; p.105).

Por tudo quanto foi exposto, resta aferir se o dano decorreu de ilícito contratual, ou não, a ensejar a aplicação do artigo 405 do Código Civil, como pretende a empresa apelante.

No caso em comento, entendo que a suspensão da energia elétrica se deu em decorrência de quebra contratual, porquanto o motivo alegado para sua interrupção foi o inadimplemento do consumidor, em suposta violação dos termos avençados para seu fornecimento regular.

Porém, pela exposição supra foi verificado que o corte de fornecimento de energia, na forma como se deu, caracterizou ato ilícito, merecendo aplicabilidade do artigo 405 do Código Civil, devendo figurar como termo inicial para contagem dos juros devidos a data da citação, como explanado alhures.

Da mesma forma, a atualização da condenação através da correção monetária deve seguir orientação da Corte Superior de Justiça, como explanado adiante.

A princípio, quanto ao dano moral, de fácil verificação que a correção monetária deve incidir sobre a condenação como estabelecida na súmula nº 362 do STJ, que expressa o seguinte:

> "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.".

A regra mencionada regulamenta casos específicos de dano moral, e reflete o entendimento da Corte Superior de Justiça sobre a atualização monetária dos valores arbitrados a título de condenação apenas de ordem moral.

Por outro lado, as demais condenações em reparação de dano deverão seguir o regramento geral para estipulação da atualização monetária, também já estabelecida pela Superior Corte de Justiça através da súmula nº 43, a qual expressa o seguinte:

> "Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.".

Ou seja, o entendimento fixado na súmula nº 362, contemplando apenas o dano moral, é exceção à regra geral estabelecida pela súmula nº 43, acima reproduzida, que regula os demais casos de incidência da atualização monetária sobre a condenação por ato ilícito, a qual deve retroagir à ocorrência do evento danoso.

No presente caso, é aplicável a súmula nº 362 do STJ, como aqui explanado.

Portanto, conheço do recurso, por entender presentes os requisitos de admissibilidade, mas DOU PROVIMENTO PARCIAL ao apelo para, considerando erro material em seu cálculo, alterar o valor do débito da empresa apelada sobre o consumo não registrado no período de aferição do medidor, e reduzir a quantia correspondente ao dano moral para melhor adequação dos parâmetros adotados pela Corte Superior de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 04 de dezembro de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL N. 745183-11.2000.8.06.0001/0
APELANTE: MARIA DE FÁTIMA ALVES MARTINS
APELADO: TACYANA BEZERRA SEGOVIA
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DAS SUCESSÕES. AÇÃO DE SONEGADOS. PRELIMINARES COMPLETAMENTE REJEITADAS. COMPETÊNCIA DA 1ª CÂMARA CÍVEL. PRAZO PRESCRICIONAL DE DEZ ANOS (ART. 205, CC). AÇÃO DE SONEGADOS: MEIO HÁBIL PARA IMPUGNAÇÃO DE BENS NÃO COLACIONADOS. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTE DE DEFESA EM VIRTUDE DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. OBSERVÂNACIA DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO. MÉRITO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 QUANTO ÀS DISPOSIÇÕES DA SONEGAÇÃO. HERANÇA. DIREITO FUNDAMENTAL. BENS ADQUIRIDOS E ALIENADOS QUANDO O FALECIDO AINDA SE ENCONTRAVA VIVO. LIVRE DISPOSIÇÃO DOS BENS. IMPOSSIBILIDADE DE INGRESSO NA SOBREPARTILHA. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO SEGUNDO MATRIMÔNIO E TRAVESTIDOS DE ALIENAÇÕES AOS FILHOS DO SEGUNDO MATRIMÔNIO. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM ENTRE OS CÔNJUGES NA AQUISIÇÃO. NECESSIDADE DE SOBREPARTILHA ENTRE TODOS OS HERDEIROS NECESSÁRIOS. DEMAIS BENS ADQUIRIDOS POR ESFORÇO PRÓPRIO DA VIÚVA. IMPOSSIBILIDADE DE DIVISÃO ENTRE OS HERDEIROS. APLICAÇÃO DOS ARTS. 1992 E 1995, CC (PENA DE SONEGADOS) À MEEIRA. INCABÍVEL FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Preliminar de incompetência da eg. 1ª Câmara Cível para o julgamento do recurso. Conforme informação da distribuição

do TJCE, o Ag.I n. 21793-33.2004.8.06.0000/0 foi distribuído e julgado por este órgão jurisdicional, o que nos termos do art. 59, RITJCE o torna prevento e competente para os recursos sucessivos. Preliminar, portanto, conhecida, porém rejeitada.
2. Preliminar de inadequação da via judicial. Segundo vasto entendimento doutrinário, essa ação é a responsável por identificar os bens não trazidos adequadamente no inventário. Preliminar conhecida, porém rejeitada.
3. No tocante ao prazo da prescrição, de acordo com precedentes dos mais variados Tribunais de Justiça do país, este é de dez anos; contando-se, a partir do trânsito em julgado do inventário, ocorrido em 2003. Preliminar conhecida, mas completamente rejeitada.
4. Preliminar de cerceamento de defesa. Conforme petição acostado aos autos pelos apelantes deixou a cargo da magistrada a possibilidade de realização da prova. Sendo assim, não cabe às partes imputar ao Poder Judiciário qualquer inconformismo, quando o seu pleito não é aceito, mormente quando não reputam imprescindível para a sua defesa o acolhimento da produção de provas. Preliminar, portanto, completamente rejeitada.
4. Quanto ao mérito, aplicadas as disposições do atual Código Civil, o cerne da presente querela cinge-se à possibilidade de ocorrência de sonegação de bens relativos às demais herdeiras, filhas do primeiro matrimônio do *de cujus*, falecido em 28 de março de 1997.
5. No tocante aos bens alienados em vida pelo falecido, embora pertencentes ao *de cujus*, o proprietário pode gozar livremente de seus bens e por isso não podem figurar na sobrepartilha, sob pena de ofensa ao direito fundamental à propriedade (art. 5º, *caput*, CF).
6. Em relação aos bens adquiridos na constância do casamento e travestidos de doações aos filhos do segundo matrimônio, porque há a presunção de esforço comum entre os cônjuges nessas aquisições, deve haver a sobrepartilha entre todos os herdeiros necessários do *de cujus*. Como a maioria desses imóveis já foram vendidos a terceiros, deverá haver, além da restituição do valor dos bens no montante do quinhão de cada

herdeiro faltante, o acréscimo da correção monetária e juros de mora nos termos da legislação civil, a título de perdas e danos, com base no art. 1.995, CC.
7. No tocante aos bens adquiridos após o falecimento, resta patente que foram agregados ao patrimônio da viúva em decorrência de seu próprio esforço.
8. A pena de sonegados prevista no art. 1.992, CC e segs deverá ser aplicada somente para a inventariante/meeira.
9. Finalmente, é incabível a fixação de danos morais, porque, além da matéria demandar alta indagação, chegaríamos à conclusão de que toda ação de sonegados violaria a honra dos herdeiros não contemplados.
10. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido, no sentido de determinar que somente: a) que os bens adquiridos na constância do segundo casamento e alienados em vida pelo *de cujus* não podem ser sobrepartilhados, em virtude da livre disposição de seu patrimônio; b) que os bens adquiridos pelos filhos do segundo matrimônio (matrículas n. 3198, 3837, 9670 e 69.265) devem ser sobrepartilhados, com base no art. 1.040, CPC, porque configuraram-se em antecipações de legítima. Tendo em vista esse raciocínio, quanto aos imóveis já alienados (3198, 9670 e 69.265), para o quinhão de cada herdeira faltante, a título de perdas e danos, deverá ser acrescida a correção monetária e os juros de mora com base na legislação civil vigente. Além disso, deverá incidir a pena de sonegados sobre a inventariante/meeira, com a consequente exclusão de sua meação nessa partilha; c) quanto aos imóveis adquiridos após o falecimento, esses não integram a divisão, porque adquiridos por esforço próprio da viúva; d) no tocante ao saldo de FGTS, deverá ser partilhado entre todas as herdeiras faltantes e e) inexistência de danos morais, porque demanda alta indagação e não se comporta essa discussão na ação de sonegados.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer o presente recurso apelatório, mas para dar-lhe parcial provimento, de acordo com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos digitais de Apelação Cível (fls. 856/891), interposta por Maria de Fátima Alves Martins e Outros contra a sentença de fls. 813/828, que julgou completamente procedente a Ação de Sonegados c/c Indenização por Danos Morais e Materiais, com o intuito de determinar, em suma, que os sonegadores paguem solidariamente às promoventes os valores correspondentes ao imóveis descritos ao longo da exordial.

Inicialmente, há a interposição da mencionada Ação de Sonegados c/c Indenização de Danos Morais e Materiais perante a 4ª Vara de Sucessões (fls. 34/57), na qual as requerentes, filhas do primeiro matrimônio, ora apeladas, esclarecem que o seu genitor, José Airton Martins, falecido em 28/mar/1997 (fl. 71), teria deixado bens além daqueles descritos no inventário, bem como quantia em dinheiro.

Na peça contestatória, que repousa às fls. 483/498, os requeridos alegaram, em sede de preliminar, sobretudo, a impossibilidade jurídica do pedido, haja vista que os bens mencionados na presente ação de sonegados não integravam o patrimônio do *de cujus* à época da abertura da sucessão. Outrossim, asseveram a impossibilidade de se demandar danos morais perante uma vara de sucessões. No mérito, aduzem, em suma, que não há que se falar em sonegação, haja vista que os bens impugnados não se encontram registrados no nome do *de cujus*.

Como teria havido sonegação dos respectivos valores, a ação foi proposta por dependência ao Processo de Inventário n. 336991-57.2000.8.06.0001, julgado em 22 de dezembro de 2003, na 4ª Vara de Sucessões (fl. 89).

Porém, em virtude do julgamento do Agravo de Instrumento n. 21973-33.2004.8.06.0000/0, a 1ª Câmara Cível consubstanciou o entendimento de que a mencionada demanda deveria ser interposta perante uma das Varas Cíveis (fls. 683/688).

Os autos, portanto, foram distribuídos para a 1ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza (fl. 695).

Às fls. 697/699 a Magistrada responsável pela 1ª Vara Cível deferiu a tutela antecipatória, a fim de tornar intransferíveis os bens relacionados na petição inicial, bem como determinar que fosse oficiado ao Banco do Brasil (já que as outras instituições bancárias já haviam prestado informações ao juízo da 4ª Vara de Sucessões) a fim de que fossem apresentados dados acerca de toda e qualquer movimentação bancária em nome do inventariado e dos promovidos. Ademais, determinou a expedição de mandados de intimação aos cartórios de registro de imóveis.

A ação foi julgada procedente, pela sentença que está colacionada às fls.

813/828, por meio da qual os promovidos foram condenados a pagar, solidariamente, às promoventes, os valores correspondentes aos bens imóveis sonegados, acrescidos de perda e danos, bem como a restituírem dois bens imóveis (parcela do lote de terras de matrícula n. 34.578, situado em Goiânia/Goiás e o apartamento de n. 3.837, situado em Fortaleza) e o montante relativo às contas individuais de FGTS, com todos os seus frutos e rendimentos, para a devida sobrepartilha somente entre as promoventes. Outrossim, foram os demandantes condenados ao pagamento do valor total de duas vezes o que foi sonegado, a título de danos morais.

Embargos de Declaração às fls. 832/844.

Rejeição dos aclaratórios às fls. 850/851.

No recurso apelatório de fls. 856/891, foi suscitado: a) em sede de preliminar, que a ação de sonegados não é meio hábil para impugnar a entrada desses bens e valores não colacionados no inventário, porque teria ocorrido a prescrição. Além disso, no mérito, asseveram que: a) houvera a preclusão da matéria, haja vista que as recorridas apenas reafirmam argumentos já suscitados no no decorrer do processo de inventário, o qual já foi devidamente julgado, com trânsito em julgado; b) as disposições da atual legislação civil não poderiam ser aplicadas no caso em análise; c) asseveram a nulidade da sentença, por esta se caracterizar como *extra* e *citra petita*, "pois em inúmeros momentos foi proferida além do pedido feito pelas apeladas"; d) cerceamento de defesa, vez que as provas requeridas nos autos não foram produzidas; sequer houvera a devida apreciação dos elementos probatórios que já constavam nos autos; e) reforçam que não houve sonegação de bens, haja vista que "quem pagou pela compra dos bens foi a mãe dos apelantes, com recursos próprios advindos do fruto de seu trabalho e com as economias guardadas ao longo dos anos – também foi a mãe dos apelantes quem passou a titularidade dos bens diretamente para o nome dos seus filhos."; f) ausência de dano moral e exorbitância do valor da indenização fixada.

As contrarrazões se encontram às fls. 913/929.

Foram os autos remetidos a este egrégio Tribunal de Justiça (despacho às fls. 930/931).

Petição às fls. 937/944, por meio da qual as insurgentes pugnam pela redistribuição do recurso para a 4ª Câmara Cível, em razão da existência de prevenção daquele órgão judiciário, por haver julgado o agravo de instrumento de n. 2007.0029.0336-7/0.

Em parecer de fls. 948/958, a douta Procuradoria Geral de Justiça se manifesta pela redistribuição do feito para a 4ª Câmara Cível, tendo em vista uma possível violação do art. 59, § 4º, RITJCE.

Eis o relatório. Peço data de julgamento.

VOTO

1. Preliminares

1.1. Da competência da 1ª Câmara Cível

Inicialmente, antes de adentramos à preliminar arguida em sede de recurso apelatório, de acordo com a petição de fl. 937, interposta pelas ora apelantes, há a indicação de que a competência para o processamento e julgamento do presente feito seria da 4ª Câmara Cível, e não da 1ª Câmara Cível, em virtude do julgamento do Agravo de Instrumento n. 5724-02.2007.8.06.0000/0.

No entanto, ao compulsar os fólios digitais, vislumbro que, anteriormente, já teria havido a interposição do Agravo de Instrumento n. 21973-33.2004.8.06.0000/0 (fls. 347/355). Esse supracitado recurso foi protocolado em 13 de julho de 2004 e distribuído para a 1ª Câmara Cível, ficando sob a relatoria da Des. Maria Iracema do Vale Holanda.

A decisão relativa ao agravo mencionado logo acima, datada de 29 de maio de 2006, que repousa a fls. 669/671, determinou que houvesse a remessa da ação de sonegados para a redistribuição entre uma das Varas Cíveis da Comarca de Fortaleza, por envolver a matéria questões de alta indagação de acordo com o art. 984, CPC.

Dessa forma, com base no art. 59, RITJCE, a distribuição ao Desembargador firmará a competência da respectiva Câmara. Então, como o Ag.I. n. 21973-33.2004.8.06.0000/0 foi distribuído, primeiramente, para a 1ª Câmara Cível, todos os demais atos conexos a estes deverão também pertencer à 1ª Câmara Cível, conforme a redação do art. 59, § 4º, RITJCE, *in verbis*:

> art. 59. A distribuição ao Desembargador firmará a competência da respectiva Câmara.
> (…)
> § 4º. A distribuição do mandado de segurança, do habeas corpus, e do recurso tornará preventa a competência do relator para todos os recursos posteriores, tanto na ação como na execução referentes ao mesmo processo; e a distribuição de inquérito, bem como a realizada para efeito de concessão de fiança ou de decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa, prevenirá a de ação penal. (grifos nossos)

Reforço que, como o Ag.I. n. 21973-33.2004.8.06.0000/0 teve a apreciação de seu mérito pela 1ª Câmara Cível, gerou a prevenção da minha relatoria, por isso que os demais atos deveriam ter sido julgados por este órgão fracionário.

Porém, a inobservância das regras de prevenção não geraram nulidade absoluta e, por não terem sido arguidas no momento processual oportuno, acabaram por gerar a preclusão, porque não houve a demonstração de efetivo prejuízo para a parte.

Nesse sentido, é a jurisprudência do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CARÁTER INFRINGENTE - RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE - PREVENÇÃO - COMPETÊNCIA INTERNA - NULIDADE RELATIVA - PRECLUSÃO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.
> 1.- Os embargos interpostos pela Embargante tem nítido propósito infringente, assim, admite-se esse recurso como Agravo Regimental, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade, e com amparo na jurisprudência assente desta Corte. 2.- A prevenção estabelecida no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de recurso, quando não observada, não gera nulidade absoluta do ato decisório proferido por outro relator, mas apenas nulidade relativa, e como tal, deve ser suscitada até o início do julgamento (art. 71, § 4º, do RISTJ). 3.- Agravo Regimental improvido.
> (STJ, EmDcl no AREsp 101178 / SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26/jun/2012) – grifos nossos.

In casu, o julgamento perpetrado pela 4ª Câmara Cível, às fls. 939/944, datado de 09 de novembro de 2007 – em data posterior, portanto, ao julgamento do primeiro agravo de instrumento interposto – não gerou nenhum prejuízo à parte, por isso, em dissonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 947/958), o recurso apelatório em análise será julgado pela 1ª Câmara Cível desta eg. Corte de Justiça.

Preliminar, então, conhecida, porém rejeitada.

1.2. Adequação da via eleita

Segundo a lição de Paulo Nader (Curso de direito civil: direito das sucessões. Vol. 06. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 457), "sonegados são os bens ocultados maliciosamente", os quais deveriam constar no inventário, já que existe um dever do herdeiro de informar, nos autos, os bens da herança em seu poder ou no de outrem ou deixa de conferir o valor das doações recebidas do *auctor successionis* em vida.

Feitas essas notas introdutórias, com base no art. 1.992 e segs., CC, a ação de sonegados se mostra, no ordenamento jurídico pátrio, o meio hábil para identificar os bens que não foram devidamente partilhados.

Nessa ótica, o STJ reconhece ser a ação de sonegados o instrumento apto, após findo o inventário, de impugnar os bens não inventariados, senão vejamos:

> DIREITO CIVIL. AÇÃO DE SONEGADOS. ÚLTIMAS DECLARAÇÕES. INVENTARIANTE. DECLARAÇÃO DE NÃO HAVER OUTROS BENS A INVENTARIAR. INEXISTÊNCIA. CONDIÇÃO DA AÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL. FALTA DE NECESSIDADE. ARTS. 1.784, CC/1916, 1996, CC/2002, E 994, CPC. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.
> I - A ação de sonegados deve ser intentada após as últimas declarações prestadas no inventário, no sentido de não haver mais bens a inventariar.
> II - Sem haver a declaração, no inventário, de não haver outros bens a inventariar, falta à ação de sonegados uma das condições, o interesse processual, em face da desnecessidade de utilização do procedimento.
> (STJ, REsp 265859 / SP, 4ª Câmara Cível, Rel. Min. Sálvio Teixeira, j. 20/mar/2003) - grifos nossos.

Dessa forma, resta patente que o meio utilizado é o indicado para a verificação de possível sonegação.

Preliminar, então, conhecida, porém rejeitada.

1.3. Prescrição

No tocante ao prazo prescricional, para a interposição da referida ação, preceitua, como regra geral, o art. 205, CC, o lapso temporal de 10 (dez) anos.

Esclarece, então, Carlos Roberto Gonçalves (Direito civil brasileiro. 2. ed. Vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 504-505) que o prazo dessa demanda segue o lapso temporal acima estabelecido pelo Código Civil, bem como que este começa a fluir do momento em que o inventariante declara não existirem outros bens a inventariar ou até mesmo quando da ciência dos demais herdeiros de ocultação dolosa de bens.

Nessa ótica, a jurisprudência dos variados Tribunais de Justiça esclarece que é de dez anos o prazo prescricional e conta-se a partir do ato irregular, senão vejamos:

> AÇÃO DE SONEGADOS. PRESCRIÇÃO. OMISSÃO DE ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA EM PARTILHA AMIGÁVEL. FALTA DE ANUÊNCIA DO CÔNJUGE DO HERDEIRO. LEGITIMIDADE DE PARTE DOS CÔNJUGES DOS HERDEIROS. ANUÊNCIA DO HERDEIRO AUTOR À OMISSÃO DO BEM.
> 1. Desnecessária a anuência do cônjuge do herdeiro para o recebimento de adiantamento de legítima, ausente qualquer disposição legal para esta hipótese. 2. O prazo prescricional para propor ação de sonegados é de dez anos (CC, art. 205). A contagem do prazo prescricional se inicia a partir da sonegação verificada nos autos do arrolamento ou inventário. Inocorrência de prescrição. 3. Estão sujeitos à pena de sonegados não só o herdeiro que

> tem o bem em seu poder, como o herdeiro que tem conhecimento que o bem está em poder de outrem e deixa de informar no inventário (art. 1.992 do CC). 4. Pelas circunstâncias em que se deram os fatos discutidos na demanda e pelo conjunto probatório extraído dos autos, pode-se concluir que o autor tinha conhecimento do adiantamento de parte da legítima ao réu e, também, deixou de informar no processo de arrolamento a existência do bem, participando, portanto, da sonegação alegada. 5. Sendo o autor herdeiro e partícipe da sonegação alegada, não tem ele direito à pretensão exposta na demanda de sonegados, pois, também, está sujeito à pena de sonegados, com exclusão de seus direitos hereditários sobre o bem eventualmente sonegado. 6. Admitir a procedência da demanda neste caso, quando demonstrado que o autor tinha pleno conhecimento da doação do bem pela autora da herança e se calou no inventário sobre o fato, assinando partilha amigável, é prestigiar a má-fé que encerra esse comportamento contraditório e permitir que o autor possa se valer da própria torpeza, visto que ele, tanto quanto o réu, está sujeito a igual pena. Não se olvide que o autor foi inventariante e tinha por isso duplo dever de declarar a existência do bem. 7. Uma vez que os demais herdeiros não fazem parte da demanda, o pedido é improcedente. Recurso provido para julgar improcedente o pedido.
> (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, APL 0036599-80.2010.8.26.0100, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 05.mai.2012) – grifos nossos.
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. SONEGADOS. PRAZO DE PRESCRIÇÃO. INTERPELAÇÃO. INTERRUPÇÃO PRAZO PRESCRICIONAL.
> O prazo prescricional da ação de sonegados é 10 anos, contados a partir das últimas declarações no inventário, onde ocorreu suposta omissão de bens (artigo. 177, segunda parte, do CC/16, mantido no art. 205, do CC/02). Contudo, de rigor reconhecer que o prazo prescricional foi interrompido em razão da interpelação judicial da agravada. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que não se verifica a prescrição. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.
> (Agravo de Instrumento Nº 70041585522, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/06/2011) – grifos nossos.

Na presente situação, a ação de inventário teve o trânsito em julgado em 22 de dezembro de 2003, quando houve a decisão dos embargos de declaração, no qual se reconheceu o julgamento de mérito da ação de inventário, com base no art. 269, I, CPC (fls. 94/95).

Logo, a partir de 2003, os prejudicados teriam dez anos para ingressar com a ação de sonegados. Como a ação fora intentada em 21 de janeiro de 2004 (fl. 35), não há que se falar em prescrição ou inadequação da via eleita.

Preliminar, então, conhecida, porém totalmente rejeitada.

1.4 Inocorrência de cerceamento de defesa em virtude de julgamento antecipado da lide

Na Constituição Federal de 1988, é indubitável que se avultam as garantias processuais, sobretudo, a necessidade de observância do devido processo legal (art. 5º, LVI, CF) e de seus corolários como a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, CF).

Dessa forma, em observância irrestrita ao princípio da cooperação, a magistrada *a quo*, à fl. 790, anuncia previamente que irá julgar antecipadamente o feito, desde que as partes não se manifestem de forma contrária.

De acordo com o petitório de fls. 792/803, os apelantes não deixam claramente transparecer que querem, de fato, produzir provas, porque, no tópico denominado de "das provas requeridas", iniciam da seguinte maneira o texto:

> Embora já esteja provado devidamente nos autos que TODAS as alegativas não merecem prosperar, entretanto, se Vossa Excelência achar por bem e para não haver qualquer dúvida quanto a ausência de prática de atos de sonegação por parte dos suplicados, o que vem sido insistentemente e erroneamente defendido pelas suplicantes requerem como prova definitiva com respaldo no inciso LV do art. 5º da CF: (…) - grifos nossos.

Em um exame acurado da petição, verifico que o trecho acima transcrito se inicia com uma conjunção adversativa – embora – que indica, justamente, a desnecessidade de produção de mais provas, já que se estaria comprovada a ausência de sonegação. Caso não seja o entendimento do juízo, que as provas requeridas sejam realizadas.

Assim, os apelantes deixaram a cargo da magistrada o juízo para que fossem acatados os pedidos descritos posteriormente na petição (fls. 802/803). Por consequência, a magistrada, por meio do livre convencimento, acreditou ser desnecessária a produção de provas. Em relação a essa decisão de julgamento antecipado, houve a completa obediência aos ditames constitucionais e legais.

Ao seguir essa linha de raciocínio, perceberemos que o magistrado possui o poder-dever de aplicar o art. 330, CPC como medida de concretização da celeridade processual:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS JULGADA IMPROCEDENTE. POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO JUDICIAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. DESNECESSIDADE DE DESPACHO SANEADOR E DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. MATÉRIA DE DIREITO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. SENTENÇA VÁLIDA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA

DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS BANCÁRIOS. SÚMULA 297 DO STJ. EXISTÊNCIA DE IMPOSIÇÕES ABUSIVAS NO CONTRATO EM ANÁLISE. LEGALIDADE DA INCIDÊNCIA DE JUROS REMUNERATÓRIOS EM PATAMAR SUPERIOR A 12% AO ANO. ABUSIVIDADE DA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS (ANATOCISMO) ANTE A AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO E RESTITUIÇÃO NA FORMA SIMPLES DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. CONDENAÇÃO RECIPROCA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DEVEM SER COMPENSADOS CONFORME ARTIGO 21 DO CPC. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A ausência de prova pericial nas ações revisionais, não acarreta nulidade da sentença, pelo fato que o magistrado, por força do artigo 330 do CPC, tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento**.** 2. Não se pode falar, também, em cerceamento de defesa, pela inexistência de despacho anunciando o julgamento do feito, tendo em vista que a sua ausência, no caso em tela, não causa prejuízo à parte apelante, muito pelo contrário, a nulidade da sentença e o retorno inútil dos autos ao juízo de 1º grau implicaria em ferir o princípio da celeridade processual. 3. A jurisprudência é pacífica em reconhecer a possibilidade de aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, a fim de permitir a modificação judicial das cláusulas abusivas. Aplicação da Súmula 297 do STJ. 4. não há falar em ilegalidade e nulidade de cláusula contratual em contrato de financiamento que prevê a incidência de juros superiores a 12% ao ano, não se aplicando às instituições financeiras a Lei da Usura, mas, sim, legislação específica, a lei 4595/64, estando, inclusive, os juros fixados em percentual usualmente praticado no mercado financeiro em operações dessa natureza. 5. A capitalização mensal de juros (anatocismo) poderá ser aplicada em contratos posteriores à publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/200, desde que expressamente previsto pelas partes. No caso, como não se encontra previsto expressamente no contrato referida pactuação, deve ser a cobrança considerada abusiva. 6. Existindo abusividade nos encargos de mora e, sendo apurada a existência de saldo devedor, devem ser compensados os pagamentos a maior feitos no curso da contratualidade. 7. Em consonância com a súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, a compensação da verba honorária é admitida quando há sucumbência recíproca, o que ocorre no caso. Inteligência do artigo 21, caput, do Código de Processo Civil. 8. Apelação conhecida e parcialmente provida.

(TJCE, 1ª Câmara Cível, AC n. 740314-05.2000.8.06.0001-1, Rel. Des. Paulo Francisco Banhos Ponte, r. 16.dez.2011) – grifos nossos.

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. CAUTELAR PREPARATÓRIA E AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. DESACOLHIMENTO UMA VEZ QUE SÓ RECLAMOU DE PROVA PERICIAL QUANDO DA PROPOSITURA DO PRESENTE RECURSO. PRECLUSÃO TEMPORAL.

DOCUMENTO ASSINADO EM BRANCO. VALIDADE. FALTA DE PROVA DO PREENCHIMENTO ABUSIVO. ÔNUS DE QUEM ALEGA. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ARTIGO 389, I, DO CPC. RECURSO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Inconformado com a sentença que julgou improcedente a ação Ordinária de Anulação de Transferência, bem como a Cautelar Preparatória, condenando-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios aos patronos dos promovidos, propôs a presente apelação. 2. Para o apelante é nula a venda e transferência da linha telefônica "234-78-93", uma vez que, ocorreu sem sua participação, bem como o formulário utilizado na efetivação do negócio estava em desuso e preenchido com rasuras, inclusive no campo destinado ao número do prefixo da linha. 3. Preliminar de cerceamento de defesa pela ausência de prova pericial - Descabe, porque não tendo o apelante expressado interesse em produzir prova pericial, não pode, depois, alegar vício de cerceamento de defesa por falta da realização dessa prova, uma vez que, reclamou de prova pericial somente quando da propositura do recurso apelatório, já atingida, portanto, pela preclusão temporal. 4. No mais, tendo o juiz formado seu convencimento por meio das provas dos autos, a ausência de perícia, não configura, necessariamente, cerceamento do direito de defesa. Portanto, rejeito a preliminar suscitada. 5. Neste sentido, cito decisões do colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), vejamos: "(...) Deveras, o artigo 131 do CPC consagra o princípio da persuasão racional, habilitando o magistrado a valer-se de seu convencimento, à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto, constantes dos autos. Nada obstante, compete-lhe rejeitar diligências que delonguem desnecessariamente o julgamento, a fim de garantir a observância do princípio da celeridade processual, razão pela qual não merece prosperar a alegação de violação à lei federal na hipótese. *Ex positis*, nos termos do art. 557 § 1-A do CPC, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Especial, apenas para declarar a prescrição do crédito relativo ao ano de 1994. Publique-se. Intimações necessárias. (Recurso Especial nº 1068697 , Relator MINISTRO LUIZ FUX, julgado em 09/03/2010). "(...) O julgamento antecipado da lide, por si só, não caracteriza cerceamento de defesa, já que cabe ao magistrado apreciar livremente as provas dos autos, indeferindo aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias. Situação que não configura cerceamento de defesa, por estar a questão submetida ao princípio do livre convencimento do Juiz, consideradas as circunstâncias de cada caso concreto. Agravo improvido." (AgRg no Ag 688.088/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 23/10/2008). 6. No mérito - No caso, a matéria ficou bem esclarecida através do próprio depoimento do apelante, com destaque no trecho em que confirmou que: "realmente havia assinado o mencionado formulário em branco no ano de 1983, por ocasião da Separação de fato e de partilha amigável de bens". Não há, portanto, que se falar em nulidade da transferência da referida linha telefônica, uma vez que procedida com anuência do próprio apelante, ao assinar o formulário para este fim. 7. Também não há que se falar em rasuras ou preenchimento indevido do mencionado formulário, posto que, o ônus da prova de que o documento particular assinado em branco foi

> preenchido abusivamente cabe a quem o assinou, e não a quem o preencheu. É, pois, o que revela a interpretação teleológica do artigo 389, I, do Código de Processo Civil. 8. Neste mesmo sentido, cito decisões jurisprudenciais, vejamos: Ementa: CIVIL. MÚTUO. DOCUMENTO ASSINADO EM BRANCO. VALIDADE. FALTA DE PROVA DO PREENCHIMENTO ABUSIVO.
> 1. O DOCUMENTO ASSINADO EM BRANCO TEM FORCA PROBANTE, SALVO SE PROVADO SEU PREENCHIMENTO ABUSIVO (CPC, ART.388, I), CUJO ONUS TOCA A QUEM O ALEGOU (CPC, ART.389, I). MÚTUO. COBRANCA PROCEDENTE. 2. APELACAO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 597075837, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 04/03/1998) EMENTA: DOCUMENTO ASSINADO EM BRANCO. VALIDADE. A LEI NÃO PROÍBE A ASSINATURA DE DOCUMENTO EM BRANCO. PROÍBE QUE SEJA ABUSIVAMENTE PREENCHIDO. O ÔNUS DE PROVAR A FALSIDADE COMPETE A QUEM ALEGA (CLT, ART. 818; CPC, ART. 388, II).CLT818CPC388 (20000298462 SP 20000298462, RELATOR: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA, DATA DE JULGAMENTO: 06/08/2001, 9ª TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: 21/08/2001, UNDEFINED) 9. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.
> (TJCE, 1ª Câmara Cível, AC 466896-21.2000.8.06.0000-0, Rel. Des. Emanuel Leite Albuquerque, r. 26.set.2012) – grifos nossos.

Finalmente, ressalto que, como foi aberto prazo para a intimação das partes e não foi explicitada, de maneira cristalina, a necessidade de produção de provas, a sentença proferida não malferiu preceitos constitucionais e não é possível que nenhuma das partes imputem ao Poder Judiciário o descontentamento por um pleito não aceito, quando este pedido é colocado, sob a égide do contraditório e da ampla defesa, para ser decidido por um terceiro imparcial, mormente quando não reputam imprescindível para a sua defesa o acolhimento da produção de provas.

Preliminar, portanto, conhecida, porém completamente rejeitada.

2. Mérito

2.1 Da aplicação do Código Civil de 2002

De acordo com o art. 2.041, CC, percebo que, se a sucessão foi aberta antes da vigência do CC de 2002, quanto à ordem de vocação hereditária somente, devem ser observadas as disposições anteriores. Assim, é a redação do art. 2041, CC, *in verbis*:

> **art. 2.041, CC**. As disposições deste Código relativas à ordem de vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes da vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916).

Compreende-se, pois, como vocação hereditária o rol das pessoas que podem suceder, porque, na ordem civil, a regra é a de que todos têm legitimação para suceder, exceto as impossibilidade decorrentes da lei.

Assim, como na presente situação o *meritum causae* está direcionado para a verificação de sonegação de bens, que não se relacionam com a discussão relativa à vocação sucessória propriamente dita, não devem ser aplicadas as regras do Código Civil de 1916, mas as atuais por expressa decorrência do dispositivo acima citado.

Então, como se verá ao longo do presente voto, em observância ao mandamento acima descrito, serão utilizadas para a vocação hereditária as disposições anteriores da lei civil ao passo que, para a sonegação, as regras atuais, já que a ação de sonegados fora interposta já na vigência do atual Código Civil.

2.2 Do direito fundamental à herança e impossibilidade de sonegação frente a atual ordem jurídica constitucional

Primeiramente, destaco, a fim de facilitar a compreensão da lide, que os ora apelantes são, respectivamente, viúva e filhos do segundo matrimônio do Sr. José Airton Martins, falecido em 28 de março de 1997 (fl. 71). As apeladas, por seu turno, também são herdeiras necessárias do *de cujus*, mas são filhas do primeiro matrimônio (fls. 58/61).

Ademais, de acordo com a sentença de 1º grau (fls. 813/828), a demanda foi julgada completamente procedente, porque as filhas do primeiro matrimônio teriam sido preteridas em todos os bens analisados no presente voto.

Nessa ótica, o cerne da presente querela cinge-se à possibilidade de ocorrência de sonegação de bens relativos às herdeiras do primeiro casamento do *de cujus*, mesmo tendo ocorrido o trânsito em julgado da ação de inventário, cujo trâmite ocorreu na 4ª Vara de Sucessões, consoante sentença de fl. 89.

Cumpre esclarecer que a herança se apresenta como um direito fundamental, insculpido no art. 5º, XXX, CF, já que é um corolário do direito à propriedade, por isso o Poder Público "deve assegurar ao indivíduo a possibilidade de transmitir seus bens a seus sucessores", consoante a lição de Carlos Roberto Gonçalves (Direito civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11).

Sob essa linha de raciocínio, o inventariante, que exerce um múnus público, tem o dever de trazer à colação todos os bens pertencentes ao *de cujus*, uma vez que, por força do art. 1.991, CC, até a homologação da partilha, compete ao inventariante a administração da herança, *in verbis*:

> **art. 1991, CC**. Desde a assinatura do compromisso até a homologação da partilha, a administração da herança será exercida pelo inventariante.

Na situação dos autos digitais, vislumbro que a Sra. Maria de Fátima Alves Martins (fl. 76), em 05 de junho de 1997, prestou o compromisso de inventariante e trouxe à colação 03 (três) veículos e linhas telefônicas. Como, então, todos os bens do espólio já teriam sido vendidos ao longo do inventário, a d. magistrada atuante na 4ª Vara das Sucessões reconheceu o esvaziamento da ação e, consequentemente, julgou extinta a causa (fls. 89 e 94/95).

Porém, com base em pesquisas realizadas pelas herdeiras do primeiro casamento no mais variados Cartórios de Imóveis do país, constatou-se a existência de vários bens em nome da inventariante e de seus filhos, que configurariam, em tese, sonegação de bens, porque teriam sido adquiridos em preterição das demais herdeiras necessárias do falecido.

Antes de examinar essa alegação, esclareço, de pronto, que, quanto aos bens abaixo descritos, embora pertencentes ao de cujus, como foram alienados em vida pelos proprietários, os quais podem gozar livremente de seus bens, não podem figurar na sobrepartilha, sob pena de ofensa ao direito fundamental à propriedade (art. 5º, *caput*, CF).

Relação de Bens (adquiridos na constância do casamento)	**Documentação**
1. Lote de terra em Goiânia, adquirido em **14/jun/1984**, matrícula n. 34.578, adquirido por José Airton e Maria de Fátima, bem como Orestes Bernardino e Luiza Borges e outros. Posteriormente, **vendido**.	Fls. 244/245
2. Terreno, matrícula n. 16.658, localizado em Teresina, adquirido por Maria de Fátima. Posteriormente, **vendido** em 1986.	Fl. 246.
3. Apartamento, na Comarca de Campinas, matrícula n. 51.250, adquirido por José Airton e Maria de Fátima, em **1º/fev/1994** e **vendido** em 13/mar/1997.	Fls. 259/261 e 265/267
4. Box de garagem, na Comarca de Campinas, matrícula n. 51.251, adquirido por José Airton e Maria de Fátima, em **1º/fev/1994** e **vendido** em 13/mar/1997.	Fls. 271/275

É, portanto, clara a redação do art. 1.228, CC, ao permitir que o proprietário tenha as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder

de quem quer que injustamente a possua ou detenha, por isso, reforço, esses bens não poderão ser colacionados, já que é possível a livre disposição dos bens.

Em seguida, para desenvolver o raciocínio a ser, agora, utilizado, esclareço que o segundo matrimônio, de acordo com certidão de casamento de fl. 73, foi realizado em regime de comunhão parcial de bens.

Esse regime tem por característica primordial, segundo a lição de Washington de Barros Monteiro (Curso de direito civil. 2. Vol. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 168), a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento. Leciona, ainda, o mencionado doutrinador que "a comunhão só compreende os bens que se adquirem a título oneroso na constância do casamento. É por isso que esse regime se chama de *comunhão parcial*, porque se limita aos [bens] adquiridos depois do casamento" (*grifos nossos*).

Há a presunção, consequentemente, de esforço comum para a aquisição dos bens durante a sociedade conjugal, por isso que a jurisprudência do STJ admite, igualmente, a necessidade de partilha dos bens adquiridos na constância do casamento entre todos os herdeiros do falecido, por ser um consectário lógico do regime de bens adotado, qual seja, comunhão parcial de bens, ainda que tais bens sejam adquiridos em nome de somente um dos cônjuges:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE PARTILHA DE BENS. PRINCÍPIO DA COMUNICABILIDADE DOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM. EXISTÊNCIA DE BEM PARTICULAR. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 7 E 284 DESTA CORTE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO.
> 1.- Salvo prova em contrário, no regime da comunhão parcial comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges. 2.- O Agravante não trouxe qualquer argumento capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Incidência da Súmula 7 desta Corte. 3.- Agravo Regimental improvido.
> (STJ, 3ª Turma, AgReg no AREsp 63837/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 24.abr.2012) – grifos nossos.

Tendo em vista essas afirmações, os bens indicados abaixo, apesar de não figurarem na linha de propriedade do *de cujus* – mas que foram adquiridos na constância do segundo casamento –, configuram-se, inequivocamente, em antecipações de legítima, porque são alienações travestidas de doações.

Ainda que tais imóveis chegassem à propriedade dos filhos do segundo casamento por meio de compras efetuadas por parentes, para que, em seguida, fossem vendidos a esses herdeiros, resta patente que os filhos do segundo matrimônio, à época

das aquisições, eram menores, sem renda suficiente para adquirir bens e representados por sua genitora, por isso deve haver a sobrepartilha de todos esses imóveis entre as herdeiras faltantes.

Relação de Bens (adquiridos pelos filhos do segundo matrimônio)	**Documentação**
1. Apartamento n. 1600, na Comarca de Fortaleza, matrícula n. 3198, adquirido em **01/mar/1994**, pelos filhos menores à época do segundo matrimônio, André Luiz e Natália Luiza, e **vendido** em 14/nov/2003.	Fls. 228/229
2. Apartamento n. 1101, na Comarca de Fortaleza, matrícula n. 3837, adquirido em **01/mar/1994**, pelos filhos menores à época, André Luiz e Natália Luiza, e **ainda não alienado**.	Fls. 230/231
3. Apartamento n. 1101, na Comarca de Fortaleza, matrícula n. 9670, adquirido, em **14/abr/1994**, pelos filhos menores à época do segundo matrimônio, André Luiz e Natália Luiza e **vendido** em 08/out/2003.	Fls. 232/233
4. Apartamento n. 501, na Comarca de Goiânia, matrícula n. 69.265, adquirido em **14/abr/1987** e, posteriormente, vendido pela Construtora ao filho menor à época do segundo matrimônio e **vendido** em 26/out/1999.	Fls. 234/235

Logo, como bem destaca a jurisprudência, qualquer bem doado a herdeiro necessário sem a cláusula ou referência de dispensa da colação, obrigatoriamente, deve ser trazido para o inventário, a fim de ser partilhado devidamente entre todos, senão vejamos:

> APELAÇÃO. AÇÃO DE SONEGADOS. COLAÇÃO. NECESSIDADE. MÁ-FÉ E OCULTAÇÃO DOLOSA. INOCORRÊNCIA.
> 1. Caso em que restou comprovado e incontroverso que o pai da apelada pagou pela aquisição de um imóvel, mas o registrou diretamente em nome dela. 2. Hipótese de verdadeira doação feita pelo pai à filha/apelada, que no caso não veio acompanhada de cláusula ou referência de dispensa da colação. 3. Situação que enseja reconhecimento de que a doação foi adiantamento de legítima, e que por isso precisa ser colacionada pela apelada no inventário do pai. 4. Reconhecimento da necessidade de colação que não enseja a aplicação da pena de sonegados. 5. Isso porque a existência do bem nunca foi escondida ou omitida. Ao contrário, trata-se de bem sabido e conhecido, e que está em debate entre as partes desde o início do inventário. 6. Logo, inexiste má-fé ou ocultação dolosa a justificar o reconhecimento da sonegação. Precedentes jurisprudenciais. 7. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (TJRS, 8ª Câmara Cível, AC n. 70040661407 / RS, Rel. Des. Rui Portanova, j. 26.mai.2011) – grifos nossos.

> CIVIL. SUCESSÃO. INVENTÁRIO E PARTILHA. AÇÃO DE SONEGADOS. BEM DOADO A HERDEIRO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE COLAÇÃO. FINALIDADE DO INSTITUTO. IGUALAÇÃO DAS LEGÍTIMAS. ALTERAÇÃO DA PARTE INDISPONÍVEL DO AUTOR DA HERANÇA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO HERDEIRO TESTAMENTÁRIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos de declaração, se o Tribunal de origem enfrenta a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que sucintamente. A motivação contrária ao interesse da parte não se traduz em maltrato ao art. 535 do CPC. 2. A finalidade da colação é a de igualar as legítimas, sendo obrigatório para os descendentes sucessivos (herdeiros necessários) trazer à conferência bem objeto de doação ou de dote que receberam em vida do ascendente comum, porquanto, nessas hipóteses, há a presunção de adiantamento da herança (arts. 1.785 e 1.786 do CC/1916; arts. 2.002 e 2.003 do CC/2002). 3. O instituto da colação diz respeito, tão somente, à sucessão legítima; assim, os bens eventualmente conferidos não aumentam a metade disponível do autor da herança, de sorte que benefício algum traz ao herdeiro testamentário a reivindicação de bem não colacionado no inventário. 4. Destarte, o herdeiro testamentário não tem legitimidade ativa para exigir à colação bem sonegado por herdeiro necessário (descendente sucessivo) em processo de inventário e partilha. 5. Recurso especial parcialmente provido.
> (STJ, 3ª Turma, REsp 400948 / SE, Min. Rel. Vasco Della Giustina, j. 23.mar.2010) – grifos nossos.

Destarte, como a maioria desses imóveis já foram vendidos (1, 3 e 4), determina o art. 1.995, CC que o sonegador deverá pagar a importância dos valores ocultos, à época da aquisição, bem como perdas e danos:

> **art. 1.995, CC**. Se não se restituírem os bens sonegados, por já não os ter o sonegador em seu poder, pagará ele a importância dos valores que ocultou, mais as perdas e danos.

A título de perdas e danos, o qual será um valor arbitrado pelo magistrado e que respeito o princípio da proporcionalidade, será estipulado que a quantia efetiva a ser paga às herdeiras, com base no que já trazido, será correspondente ao seu quinhão devidamente corrigido monetariamente e com a incidência de juros de mora nos termos da legislação civil, a contar da data do trânsito em julgado do inventário, uma vez que, pelas provas dos autos, não se tem uma verificação precisa, por exemplo, dos lucros cessantes.

Para arrematar, no tocante aos imóveis abaixo trazidos, ao me utilizar do mesmo pensamento, como não foram adquiridos na constância do casamento, constata-se que, de fato, por ser a ora apelante juíza classista aposentada e ter outras fontes

de renda, como é demonstrado nas declarações de imposto de renda acostadas a fls. 366/412, é perfeitamente possível que tenham sido adquiridos os imóveis com o seu próprio esforço, já que a sociedade conjugal já tinha sido dissolvida pela morte de um dos cônjuges (art. 1.571, CC)

Relação de Bens (adquiridos após o falecimento pela viúva)	**Documentação**
1. Apartamento n. 500, na Comarca de Fortaleza, matrícula n. 21.058, vendido à Maria de Fátima, em **02/jan/2002**.	Fl. 237
2. Sala comercial, n. 608, matrícula n. 13.660, vendida à Maria de Fátima, em **04/nov/1997**.	Fl. 238
3. Apartamento n. 301, localizado em Aquiraz/CE, matrícula n. 15.358, vendido à Maria de Fátima, em **18/nov/2003**.	Fl. 239/242

De acordo com as ilações feitas, estas também deverão ser aplicadas para o saldo da conta individual do FGTS, já que aquilo que depositado durante a constância do casamento deverá ser partilhado entre os herdeiros faltantes, consoante já decidido pelo STJ.

> RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. REGIME DE BENS DO CASAMENTO. COMUNHÃO PARCIAL. BENS ADQUIRIDOS COM VALORES ORIUNDOS DO FGTS. COMUNICABILIDADE. ART. 271 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DOS ARTS. 269, IV, E 263, XIII, DO CC DE 1916. INCOMUNICABILIDADE APENAS DO DIREITO E NÃO DOS PROVENTOS. POSSIBILIDADE DE PARTILHA.
> 1. Os valores oriundos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço configuram frutos civis do trabalho, integrando, nos casamentos realizados sob o regime da comunhão parcial sob a égide do Código Civil de 1916, patrimônio comum e, consequentemente, devendo serem considerados na partilha quando do divórcio. Inteligência do art. 271 do CC/16. 2. Interpretação restritiva dos enunciados dos arts. 269, IV, e 263, XIII, do Código Civil de 1916, entendendo-se que a incomunicabilidade abrange apenas o direito aos frutos civis do trabalho, não se estendendo aos valores recebidos por um dos cônjuges, sob pena de se malferir a própria natureza do regime da comunhão parcial. 3. Precedentes específicos desta Corte. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.
> (STJ, 3ª Turma, Resp 848660 / RS, Rel. Min. Paulo Senseverino, j. 03.mai.2011) – grifos nossos.

Para reforçar o nosso entendimento, em sentido análogo, o STJ reconhece que, em se tratando de indenizações trabalhistas ocorridas durante a constância do

casamento, essas quantias integram a comunhão, o que poderá, consequentemente, ser aplicada na situação em questão, senão vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. REGIME DE BENS DO CASAMENTO. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. CRÉDITOS TRABALHISTAS ORIGINADOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. COMUNICABILIDADE.
> 1. A jurisprudência da Terceira Turma é firme no sentido de que integra a comunhão a indenização trabalhista correspondente a direitos adquiridos na constância do casamento. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> (STJ, 3ª Turma, AgReg no REsp 1250046 / SP, Rel. Min. Paulo Sanseverino, j. 06.nov.2012) – grifos nossos.

Feitas essas considerações sobre a sobrepartilha dos bens, com base no art. 1.040, CPC, deverá, então, ser examinada a pena de sonegados, com base no art. 1.992, CC, já que, quanto aos bens adquiridos pelo filhos do segundo matrimônio, houve, de fato, ocultação. Dispõe a mencionada norma:

> **art. 1.992, CC**. O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe caiba. (grifos nossos)

Dessa forma, a redação do mencionado dispositivo é clara ao determinar que a pena para os sonegadores é a perda do direito sobre o bem que lhe caiba.

Assim, quanto aos bens adquiridos pelos filhos menores, os quais, reforço, serão o objeto da sobrepartilha, afasto a aplicação da pena de sonegados para estes herdeiros, porque, quando houve as aquisições, esses herdeiros eram menores e não tinham má-fé ou demonstraram qualquer ocultação dolosa desses imóveis.

No entanto, embora a inventariante seja somente meeira, e não herdeira, com base no regime passado, compactuo com a doutrina majoritária de que a pena de sonegados deverá recair sobre ela, porque deverá haver uma leitura conjunta do que disposto no art. 1.992 e art. 1.993, ambos do Código Civil (GONÇALVES, Carlos Roberto. (Direito civil brasileiro. 2. ed. Vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 502). Por consequência, a viúva deverá perder o direito que lhe caiba sobre os bens adquiridos pelos seus filhos.

Dessa forma, como a viúva sabia da existência prévia dos bens sonegados e, mesmo assim, não os apresentou no momento adequado processualmente, ao demonstrar, pois, o dolo requerido pela norma, há, de fato, a aplicação da pena acima aludida. É, pois, nessa linha de pensamento a jurisprudência do STJ:

> SONEGADOS. SOBREPARTILHA. INTERPELAÇÃO DO HERDEIRO. PROVA DO DOLO. - A AÇÃO DE SONEGADOS NÃO TEM COMO PRESSUPOSTO A PREVIA INTERPELAÇÃO DO HERDEIRO, NOS AUTOS DO INVENTARIO. SE HOUVER A ARGUIÇÃO, A OMISSÃO OU A NEGATIVA DO HERDEIRO CARACTERIZARA O DOLO, ADMITIDA PROVA EM CONTRÁRIO. - INEXISTINDO ARGUIÇÃO NOS AUTOS DO INVENTÁRIO, A PROVA DO DOLO DEVERA SER APURADA DURANTE A INSTRUÇÃO. - ADMITIDO O DESVIO DE BENS, MAS NEGADO O DOLO, NÃO E APLICÁVEL A PENA DE SONEGADOS, MAS OS BENS DEVEM SER SOBREPARTILHADOS. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.
> (STJ, 4ª Turma, REsp 163195 / SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 12.mai.1998) – grifos nossos.

Finalmente, a condenação em danos morais perpetrada pela sentença não merece prosperar, porque, para José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209) a "honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação". Por conseguinte, como a ação de sonegados não pode se imiscuir na matéria probatória relativa à mensuração de possíveis danos ocorridos sobre a honra das apeladas, já que demanda alta indagação por tratar de responsabilidade civil, a condenação em danos morais, nessa via processual, não se mostra adequada.

Aliado a isso, a conduta da sonegadora já se encontra devidamente punida perante a legislação civil, por meio da fixação de perdas e danos e da aplicação da pena de sonegados, o que caracteriza, desde já, a retribuição possível nessa via processual pela sonegação ocorrida.

Como se trata a ação de sonegados de querela meramente patrimonial e chegaríamos ao entendimento de que se esta demanda fosse julgada procedente, sempre geraria danos morais.

À vista do exposto, conheço o presente recurso apelatório, mas dou-lhe parcial provimento, no sentido de determinar que as preliminares sejam completamente rejeitadas e quanto ao mérito:

a) que os bens adquiridos na constância do segundo casamento e alienados em vida pelo *de cujus* não podem ser sobrepartilhados, em virtude da livre disposição de seu patrimônio;

b) que os bens adquiridos pelos filhos do segundo matrimônio (matrículas n. 3198, 3837, 9670 e 69.265) devem ser sobrepartilhados, com base no art. 1.040, CPC, porque configuraram-se em antecipações de legítima. Tendo em vista esse raciocínio, quanto aos imóveis já alienados (3198, 9670 e 69.265), para o quinhão de cada herdeira

faltante, a título de perdas e danos, deverá ser acrescida a correção monetária e os juros de mora com base na legislação civil vigente. Além disso, deverá incidir a pena de sonegados sobre a inventariante/meeira, com a consequente exclusão de sua meação nessa partilha;

c) quanto aos imóveis adquiridos após o falecimento, esses não integram a divisão, porque adquiridos por esforço próprio da viúva;

d) no tocante ao saldo de FGTS, deverá ser partilhado entre todas as herdeiras faltantes e

e) inexistência de danos morais, porque demanda alta indagação e não se comporta essa discussão na ação de sonegados.

Fortaleza, 4 de fevereiro de 2013.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

PROCESSO: Nº 0001325-17.2013.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO VIRTUAL
AGRAVANTE: CIRILO ANTÔNIO PIMENTA LIMA E TARSO PINHEIRO BORGES
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ
RELATOR: DES. CARLOS ALBERTO MENDES FORTE

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO CAUTELAR. PERIGO NA DEMORA IMPLÍCITO. PRECEDENTE DO STF. AFASTAMENTO DOS RECORRENTES. RECURSO PARCIAL PROVIMENTO.

1. Cuidam os presentes autos de agravo de instrumento, interposto por Cirilo Antônio Pimenta Lima e Tarso Pinheiro Borges, em face de decisão da MMª. Juíza Titular da 1ª Vara da Comarca de Quixeramobim/Ce que, em ação civil pública, determinou o afastamento liminar dos recorrentes das suas funções públicas, a busca e apreensão de documentos, o bloqueio *on line* das suas contas bancárias, indisponibilidade dos bens móveis e imóveis, bem como o impedimento do Município contratar diretamente, ou por licitação, as empresas e pessoas físicas apontadas no relatório do MP, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias (fls. 73/89).

2. A situação posta em análise, caso confirmada, é de extrema seriedade. Contudo, em que pesem os argumentos recursais, a fase processual na qual os autos se encontram não permitem a este Órgão Julgador uma manifestação sobre o mérito, haja vista ser imprescindível a produção de prova pericial para poder afastar ou confirmar a participação dos agravantes nas supostas irregularidades.

3. Assim, como a perícia ocorrerá em momento posterior, qualquer manifestação acerca da inocência ou não das partes recorrentes consistiria em verdadeira supressão de instância, motivo pelo qual, torna-se prejudicada qualquer discussão sobre o mérito da demanda neste ponto.

4. Quanto à falta de requisitos para a concessão da medida cautelar aqui impugnada, percebe-se que melhor sorte não assiste aos agravantes, pois, diante da prova colhida e das circunstâncias fáticas evidenciadas, o egrégio Superior

Tribunal de Justiça afirma que existindo a fumaça do bom direito, e isto não quer dizer que existe o citado direito, o perigo na demora, nessas circunstâncias, deve ser presumido.
5. Nessa esteira de pensamento, dizer que os procedimentos feitos pelo Ministério Público e que as demais provas da investigação são nulas, seria adiantar o mérito do processo em uma fase processual por demais precoce. Para tanto, faz-se necessária uma melhor cognição dos autos para poder, assim, constatar presente a fumaça do bom direito que os recorrentes almejam neste agravo.
6. Contudo, em um ponto específico, qual seja, o do afastamento das funções, verifica-se existir direito aos recorrentes, pois, conforme certidões colacionadas às fls. 373/374, todos os documentos necessários para a instrução processual foram conseguidos e salvaguardados, não existindo mais o temor de que os recorrentes possam prejudicar as investigações.
7. Agravo de instrumento parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 0001325-17.2013.8.06.0000, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, mas para dar-lhe parcial provimento, tudo em conformidade com o voto do eminente relator.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de agravo de instrumento, interposto por Cirilo Antônio Pimenta Lima e Tarso Pinheiro Borges, em face de decisão da MMª. Juíza Titular da 1ª Vara da Comarca de Quixeramobim/Ce que, em cautelar preparatória de ação civil pública, determinou o afastamento liminar dos recorrentes das suas funções públicas, a busca e apreensão de documentos, o bloqueio *on line* das suas contas bancárias, indisponibilidade dos bens móveis e imóveis, bem como o impedimento do Município contratar diretamente, ou por licitação, as empresas e pessoas físicas apontadas no relatório do MP pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias (fls. 73/89).

Nas razões recursais (fls. 04/67), alega que a tutela antecipada não deveria ter sido deferida, uma vez que em virtude de *descentralização administrativa municipal* o prefeito e o vice-prefeito não possuem qualquer responsabilidade para com os supostos desvios em procedimentos licitatórios, fato, inclusive, demonstrado no quadro

informativo montado pelo promotor de justiça onde os agravantes não estariam *como gestores públicos implicados e responsáveis*. Afirma que ocorreu malferimento ao parágrafo único do art. 20 da Lei 8.429/92 e que não houve, por parte dos agravantes, qualquer empecilho à investigação realizada pelo *Parquet*. Assim, diante de tais provas e argumentos, resta provado, no seu entender, que o agravado não possui fumaça do bom direito e perigo na demora que justifiquem a concessão da tutela de urgência, pois daquilo que se alega ter sido desviado, apenas R$ 20.000,00 (vinte mil reais) saíram efetivamente do erário municipal. Ao final, requer o provimento do presente recurso e a suspensão da medida vergastada.

Às fls. 260/264, indeferi o pedido de efeito suspensivo.

A Julgadora monocrática prestou as informações às fls. 274/281, nas quais defende sua decisão afirmando entender serem os agravantes o centro *do qual orbitam os demais agentes públicos, exercendo, destarte, inquestionável influência sobre* os demais implicados.

Contrarrazões às fls. 375/390, nas quais o Ministério Público do Ceará pugna pela manutenção do *decisum* combatido, uma vez que sua prolação impediu um *prejuízo ao erário na ordem de R$ 5.848.335,67 (cinco milhões, oitocentos e quarenta e oito mil, trezentos e trinta e cinco reais e sessenta e sete centavos)*. Afirma que o presente agravo de instrumento não seria cabível em face da inexistência de risco, já que a Magistrada *a quo* definiu quem seria o substituto do Prefeito de Quixeramobim na sua ausência. No mérito, transcreve passagem da decisão vergastada, na qual é narrada a apreensão da Julgadora monocrática em evitar a fabricação de provas e o comprometimento da instrução processual se não fosse decretado o afastamento dos recorrentes, por isso, estaria afastada a tese da ausência de fumaça do bom direito para a concessão da liminar aqui combatida. Após, aduz que a Juíza *a quo* fundamentou de forma correta sua liminar, atendendo as exigências legais e jurisprudenciais aplicáveis à espécie.

É o relatório. Peço data para julgamento.

VOTO

A situação posta em análise, caso confirmada, é de extrema seriedade. Contudo, em que pesem os argumentos recursais, a fase processual na qual os autos se encontram não permitem a este Órgão Julgador uma manifestação sobre o mérito, haja vista ser imprescindível a produção de prova pericial para poder afastar ou confirmar a participação dos agravantes nas supostas irregularidades.

Assim, como a perícia ocorrerá em momento posterior, qualquer manifestação acerca da inocência ou não das partes recorrentes consistiria em verdadeira

supressão de instância, motivo pelo qual, torna-se prejudicada qualquer discussão sobre o mérito da demanda neste ponto.

Quanto à falta de requisitos para a concessão da medida cautelar aqui impugnada, percebe-se que melhor sorte não assiste aos agravantes, pois, diante da prova colhida e das circunstâncias fáticas evidenciadas, o egrégio Superior Tribunal de Justiça afirma que existindo a fumaça do bom direito, e isto não quer dizer que existe o citado direito, o perigo na demora, nessas circunstâncias, deve ser presumido. A propósito:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/1992. VIOLAÇÃO CONFIGURADA. *PERICULUM IN MORA* PRESUMIDO. *FUMUS BONI IURIS* PRESENTE. AFASTAMENTO E BUSCA E APREENSÃO. SÚMULA 211/STJ.
> [...]
> 3. Assente na Segunda Turma do STJ o entendimento de que a decretação de indisponibilidade dos bens não está condicionada à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, porquanto visa, justamente, a evitar dilapidação patrimonial. Posição contrária tornaria difícil, e muitas vezes inócua, a efetivação da Medida Cautelar em foco. O *periculum in mora* é considerado implícito. Precedentes do STJ inclusive em recursos derivados da Operação Arca de Noé (Edcl no REsp 1.211.986/MT, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 9.6.2011; REsp 1.205.119/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Dje 28.10.2010; REsp 1.203.133/MT, Segunda Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 28.10.2010; REsp 1.161.631/PR, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 24.8.2010; REsp 1.177.290/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, Dje 1.7.2010; REsp 1.177.128/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, Dje 16.9.2010; REsp 1.134.638/MT, Segunda Turma, Relator Ministra Eliana Calmon, Dje 23.11.2009).
> 4. O *fumus boni iuris* está presente e foi demonstrado por meio da expressiva lesividade narrada, da vinculação da demanda com a Operação Arca de Noé, dos altos valores envolvidos e da verossimilhança jamais afastada pelas decisões recorridas.
> [...]
> (REsp 1280826/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 19/12/2012).

De fato, o julgador, quando da análise de uma tutela de urgência, deve cercar-se da prudência e da cautela, pois está diante de um momento de cognição sumária, no qual pouco se pode afirmar, tornando-se o terreno mais propício para conjecturas. Nesse sentido, o doutrinador Eduardo José da Fonseca Costa adverte em seu excelente *O direito vivo das liminares* que:

> Tratando-se de liminar, portanto, está-se sempre em face de **cognição vertical sumária** ou **superficial**. Ora, quem concede liminar, **antecipa-se** ao provimento final, motivo por que se encontra em fase processual em que não se teve ainda por ocasião propícia para analisar e valorar **com profundidade** todas as alegações e provas produzidas ou a serem produzidas pelas partes. Essa é a razão pela qual se diz que as liminares são concedidas sob juízo de **probabilidade** ou **verossimilhança** a respeito da pretensão de direito material afirmada pelo autor.
> De fato, quem concede liminar, nunca o faz sob juízo de **certeza absoluta**. Quando muito, poderá fazê-lo sob juízo de **quase certeza** ou de **elevada probabilidade**. Sem que a cognição esteja **completa**, não há como o magistrado proferir declaração – sem qualquer mescla de dúvida e suficientemente garantida por um critério objetivo ou racional – de que o direito alegado existe. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. O direito vivo das liminares. 1ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 33) (destaques do original).

Nessa esteira de pensamento, dizer que os procedimentos feitos pelo Ministério Público e que as demais provas da investigação são nulas, seria adiantar o mérito do processo em uma fase processual por demais precoce. Para tanto, faz-se necessária uma melhor cognição dos autos para poder, assim, constatar presente a fumaça do bom direito que os recorrentes almejam neste agravo.

Contudo, em um ponto específico, qual seja, o do afastamento das funções, verifica-se existir direito aos recorrentes, pois, conforme certidões colacionadas às fls. 373/374, todos os documentos necessários para a instrução processual foram conseguidos e salvaguardados, não existindo mais o temor de que os recorrentes possam prejudicar as investigações.

Forte em tais argumentos, **CONHEÇO** do presente agravo, **MAS PARA DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO,** alterando a decisão vergastada apenas para determinar o retorno dos agravantes ao seu labor, em razão de não mais existir perigo de dano às investigações e diligências conduzidas pelo *Parquet*.

É como voto.

Fortaleza, 17 de julho de 2013.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0100272-14.2010.8.06.0000/0
AGRAVANTE: CINTIA MARA DE ABREU PEREIRA DO VALE
AGRAVADO: BANCO DO BRASIL S.A.
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO FINANCIADO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. MORA CONTRATUAL. CONSTITUIÇÃO MEDIANTE NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL RECEBIDA DE PRÓPRIO PUNHO PELA DEVEDORA. CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR. DECRETO-LEI Nº 911/1969. ALEGAÇÃO DE QUE O INSTRUMENTO OBRIGACIONAL ENCONTRA-SE EIVADO DE ILEGALIDADE E DE ABUSIVIDADE MEDIANTE A INCIDÊNCIA DE CLÁUSULAS QUE DETERMINAM O VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA E RESOLUTÓRIAEXPRESSA.INTERLOCUTÓRIAQUE NÃO DEVOLVEU AO ÓRGÃO DE SEGUNDO GRAU O CONHECIMENTO DE TAIS TEMAS. PROIBIÇÃO À SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA JUDICANTE.

I - No que tange ao atraso da devedora em cumprir com as suas obrigações contratuais e à sua constituição em mora, verifica-se que a notificação extrajudicial de fl. 63 e verso cumpriu este desiderato no dia 23 de abril de 2010, constando a firma da tomadora do empréstimo, ora agravante.

II - Não subsiste, portanto, a afirmação de que a recorrente somente tomou conhecimento da ação de busca e apreensão do veículo após a negativa do Banco do Brasil S/A em receber as prestações contratuais, pois, anteriormente a este fato, já havia se concretizado a sua constituição em mora.

III – Comprovação da existência dos requisitos necessários à concessão da medida liminar no seio da ação de busca e apreensão.

Agravo conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº **0100272-14.2010.8.06.0000/0**, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso em referência para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 09 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 1ª Vara da Comarca de Nova Russas que, na ação busca e apreensão decorrente de financiamento de veículo com cláusula de alienação fiduciária em garantia, nº 5016-33.2010.8.06.0133, deferiu a medida liminar, determinando a busca e apreensão do bem descrito na inicial.

O agravante pretende ver modificado o *decisum*, alegando, em síntese, que após a negativa do Branco do Brasil em receber as parcelas do financiamento, veio a tomar ciência da referida ação de busca e apreensão, assim como está sob o risco de perder o bem, considerando que já pagou cerca de 60% do valor financiado, não podendo ser apenada por uma omissão da instituição financeira.

Requereu, ao final, a concessão do efeito suspensivo e, no mérito, o provimento do presente recurso para reformar a decisão agravada.

Recebido o agravo, deneguei a atribuição de efeito suspensivo (fl. 74 e verso).

Contraminuta às fls. 79/82; informações repousantes às fls. 100/102.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivo e cabível.

A agravante sustenta que a mora contratual que ensejou a propositura de ação de busca e apreensão pela recorrida decorreu da negativa do Banco do Brasil S/A, ora agravado, em receber as parcelas do financiamento de veículo automotor, firmado com cláusula de alienação fiduciária em garantia.

A interlocutória de primeiro grau deferiu a liminar de busca e apreensão do veículo financiado, por considerar provado atraso no cumprimento de obrigações contratuais e a constituição em mora do devedor fiduciário.

Desta forma, a alegação de nulidade da cláusula de vencimento antecipado da dívida e da cláusula resolutória expressa, tornando necessária a consignação em pagamento da dívida vencida constituem questionamentos que devem ser formulados ao julgador monocrático para, em um segundo momento e diante da negativa jurisdicional, ser direcionado ao Tribunal de Justiça.

Evita-se, portanto, a supressão de instância, assim como a decisão recorrida não devolveu ao órgão jurisdicional de segunda instância o conhecimento de tais questionamentos.

No que tange ao atraso da devedora em cumprir com as suas obrigações contratuais e à sua constituição em mora, verifica-se que a notificação extrajudicial de fl. 63 e verso cumpriu este desiderato no dia 23 de abril de 2010, constando a firma da tomadora do empréstimo, ora agravante.

Não subsiste, portanto, a afirmação de que a recorrente somente tomou conhecimento da ação de busca e apreensão do veículo após a negativa do Banco do Brasil S/A em receber as prestações contratuais, pois, anteriormente a este fato, a sua constituição em mora já havia se concretizado.

Isto posto, conheço do agravo, mas para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 09 de fevereiro de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 19974-06.2006.8.06.0000/0
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
AGRAVADA: MARIA DO SOCORRO CASTRO ARAÚJO
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

I – A jurisprudência pátria é assente no sentido de permitir a concessão de medidas liminares, cautelares ou antecipatórias da tutela jurisdicional nos casos em que se postulam o fornecimento de medicamentos aptos ao tratamento de saúde, objetivando tutelar dois princípios constitucionais fundamentais: o direito à vida e à saúde.

II – Inteligência dos artigos 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 196 da Carta Republicana.

III – O art. 23, II, da CF/1988 erige que se trata de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde, motivo pelo qual o Estado do Ceará não pode se esquivar da responsabilidade para o fornecimento do medicamento na intensidade prescrita no receituário médico que instruiu a inicial.

Agravo de instrumento conhecido, todavia improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº **19974-06.2006.8.06.0000/0**, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do agravo mas negar-lhe provimento, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública desta comarca que, na ação ordinária nº 2008.00168759-6, concedeu a antecipação de tutela a fim de determinar que o Município de Fortaleza forneça à autora os medicamentos SERTALINA 50 mg, DEPAKOTE ER 500 mg, DEPAKOTE 250 mg, OLCADIL 2 mg e BROMAZEPAN 3mg, mês a mês, conforme prescrição médica e pelo tempo necessário ao seu tratamento de saúde.

O agravante pretende ver modificado o *decisum*, alegando, em síntese, a ilegitimidade do Município de Fortaleza par figurar no polo passivo da demanda no que toca ao fornecimento dos medicamento solicitados, vez que os mesmos não pertencem à relação de Atenção Básica, não lhe sendo materialmente possível dar comprimento à decisão impugnada.

Requer a concessão da suspensividade de imediato, a execução dos efeitos da decisão atacada, na forma dos arts.527, III c/c 558 do CPC, haja vista a ausência de competência da agravante, no âmbito da estrutura hierarquizada do SUS, para custear a aquisição/fornecimento dos medicamentos almejados, reconhecendo-se a ilegitimidade passiva *ad causam* com a extinção do feito.

Instada a apresentar resposta, a agravada requereu o julgamento do agravo ou a sua conversão em retido (fl 85); as informações não foram apresentadas (fl. 88).

À fl. 89 e seguinte deneguei a atribuição de efeito suspensivo.

Parecer da d. PGJ às fls. 93/102 opinando pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, resta afirmar que os requisitos necessários ao manejo do agravo, na modalidade instrumental, encontram-se presentes, motivo pelo qual conheço da irresignação.

A concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional depende da observância dos pressupostos constantes do artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam a existência de prova inequívoca, a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No caso em análise, tais requisitos encontram-se presentes ante o direito inalienável à vida e à saúde, dispostos nos artigos 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 196, todos da Constituição Federal em cotejo com a necessidade de administração dos medicamentos

em favor da recorrida e postulados na lide principal, cuja demora ou negativa judicial de concessão da tutela antecipada e do julgamento do mérito pode importar em dano irreparável aos direitos fundamentais inicialmente suscitados.

Veja-se que em relação à relevância do pedido as Cortes Constitucional e Infraconstitucional possuem o seguinte entendimento:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. SÚMULA N. 636 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
> 1. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado de fornecê-los. Precedentes.
> 2. Incidência da Súmula n. 636 do STF: "não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida".
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AI 616551 AgR, Relator Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/10/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00092 EMENT VOL-02301-15 PP-03120)
>
> PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.
> - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA

NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repelido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.
(RE 393175 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS PARA O TRATAMENTO DE ANGIOPLASTIA BILATERAL. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.
1. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.
2. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Angioplastia Bilateral.

> 3. O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado, por isso que legítima a pretensão quando configurada a necessidade do recorrido.
> 4. O Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles.
> Precedentes: REsp 878080 / SC; Segunda Turma; DJ 20.11.2006 p. 296; REsp 772264 / RJ; Segunda Turma; DJ 09.05.2006 p. 207; REsp 656979 / RS, DJ 07.03.2005.
> 5. Assentado o acórdão recorrido acerca da necessidade dos medicamentos pleiteados na inicial, não cabe ao STJ conhecer do recurso. As questões que levam à nova incursão pelos elementos probatórios da causa são inapreciáveis em sede de recurso especial, consoante previsto na Súmula 7/STJ.
> 6. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ.
> 7. Precedentes jurisprudenciais: (REsp 505729/RS, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 23/06/2003; REsp 190686/PR, Ministro Relator Franciulli Netto, 2ª turma, DJU 23/06/2003;MC 2615/PE, Ministro Relator Francisco Falcão, 1ª Turma, DJU 19/08/2002;AGA 396736/MG, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 25/02/2002; REsp 373775/RS, Ministro Relator Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJU 01/07/2002; REsp 165339/MS, Ministro Relator Jorge Scartezzini, 5ª Turma, DJU 05/03/2001;AGA 199217/SP, Ministro Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJU 17/02/1999).
> 8. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no Ag 1044354/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 03/11/2008)

Não há se falar que falece responsabilidade ao Estado do Ceará para o fornecimento do medicamento na intensidade prescrita no receituário médico que instruiu a inicial, pois se trata de competência comum da União, **dos Estados**, do Distrito Federal e dos Municípios**, cuidar da saúde** e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, segundo previsto no art. 23, II, da CF/1988.

Presentes a verossimilhança do direito e o receio de dano irreparável à saúde do autor, mitigando-se a irreversibilidade do provimento jurisdicional por se tratar do direito constitucional à vida e à saúde (artigos 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 196 da Constituição Federal).

Ex positis, em harmonia com a douta promoção do Ministério Público de segundo grau, conheço do agravo, todavia para desprovê-lo.

É como voto.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 26872-98.2009.8.06.0000/0
AGRAVANTE: COMPANHIA DE ÁGUA E ESGOTO DO CEARÁ - CAGECE
AGRAVADO: DEMÓSTENES OLYMPIO DE SOUSA FERREIRA E MARIA HELENA DE SOUZA FERREIRA
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DETERMINAÇÃO DE RELIGAÇÃO DA UNIDADE CONSUMIDORA. PRÉVIO AVISO DE CORTE. ALEGAÇÃO, PELA CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO, DE INEXISTÊNCIA DE CORTE, MAS DE SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO PARA AJUSTES NA REDE DO MUNICÍPIO, DEVIDAMENTE COMUNICADA, COM ANTECEDÊNCIA PELOS MEIOS DE INFORMAÇÃO DE MASSA. PROVA. AUSÊNCIA DE TRANSLADO DOCUMENTAL QUE DEMONSTRE A TESE DO RECORRENTE. DEFICIÊNCIA NA FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. PEÇA FACULTATIVA, MAS NECESSÁRIA AO DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. VIOLAÇÃO AO ART. 525, II, DO CPC.

I – Doutrina e jurisprudência têm assente o entendimento de que a formação do agravo constitui responsabilidade do recorrente, que deve instruí-lo com as peças obrigatórias e as facultativas, sob pena não conhecimento da irresignação por má formação.

II – Cabe, ainda, ao agravante, transladar ao instrumento as peças facultativas, mas necessárias ao deslinde da controvérsia, sob pena de não apreciação, por irregularidade formal, do seu recurso.

III – Na hipótese, a CAGECE entregou aos agravados um aviso de corte no fornecimento de água da sua residência e alega que a suspensão da entrega do bem essencial ocorreu em virtude de ajustes na rede municipal, devidamente informada pelos meios de comunicação de massa, englobando todos os consumidores. Todavia, deixou de transladar a cópia documental de que procedeu ao prévio e público comunicado, de molde a provar as suas alegações, assim como que a falta

de água no dia 10 de outubro de 2009 decorreu da necessidade de reparos nos meios de canalização de água e não do inadimplemento da fatura dos recorridos.
Agravo não conhecido em decorrência da irregularidade formal do instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº **26872-98.2009.8.06.0000/0**, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em não conhecer do agravo, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Companhia de Água e Esgoto do Ceará (CAGECE) objetivando a reforma da interlocutória de fls. 20/21, proferida pela Juíza de Direito da 29ª Vara Cível desta comarca na ação de reparação de danos morais e materiais nº 2009.0031.1453-2.

A agravante pretende ver modificado o *decisum*, suscitando, em síntese, que em 13/10/2009 a equipe de fraude da Companhia de Água e Esgoto do Ceará comprovou que inexistiu corte no fornecimento de água da unidade consumidora dos autores, salientando que o fornecimento de água foi suspenso no dia 10 de outubro de 2009 em toda a cidade de Fortaleza, fato este que foi previamente noticiado à população pelos meios de comunicação de massa. Diante destes fatos, os agravados não se contentaram com a justificativa apresentada pela CAGECE, pois haviam recebido aviso de corte no dia 09/10/2009 e ajuizaram uma ação ordinária postulando a concessão da antecipação da tutela jurisdicional com a finalidade de impedir o corte no fornecimento do serviço público essencial.

Entende a recorrente que não é cabível a interlocutória de primeiro grau, que determinou a religação da unidade consumidora de água dos autores, pois não houve corte do fornecimento. Afirma que no dia 10/10/2009 ocorreu a reforma da rede de distribuição Gavião, com troca das bombas, suspendendo-se o fornecimento de água entre as cinco e as vinte e uma horas, voltando, em seguida, o abastecimento regular.

Pugna pela atribuição de efeito suspensivo à interlocutória agravada e, no

mérito, pela sua reforma. Juntou os documentos de fls. 20/54.

Recebidos os autos nesta Corte de Justiça, fui designado Relator. Determinei a intimação da contraparte para o oferecimento de resposta. Requisitei, ainda, informações ao Juiz da causa (fl. 59)

A contraminuta e as informações não foram apresentadas (fl. 63).

É o relato.

VOTO

Recurso cabível e tempestivo. Comprovado o preparo.

A argumentação recursal diz respeito à inexistência de corte no fornecimento de água na unidade consumidora dos autores em decorrência da suspensão, em todo o município de Fortaleza, da continuidade da prestação do serviço público essencial no dia 10 de outubro de 2009, fato este que fora previamente noticiado à população pelos meios de comunicação de massa.

Os agravados demonstraram a existência de um aviso de corte, entregue pela CAGECE na sua residência no dia 09 de outubro de 2009, entretanto, a recorrente não demonstrou, mediante documento facultativo mas indispensável à prova da sua argumentação, de que efetivamente houve a suspensão do fornecimento de água para todas as unidades consumidoras do Município de Fortaleza no dia 10/10/2009, tal como sustenta.

A falta de translado de documento facultativo, mas essencial ao deslinde da controvérsia, tais como publicações nos meios de comunicação de massa acerca da suspensão do fornecimento de água no Município de Fortaleza ou no bairro em que se encontra o logradouro residencial dos autores, ora recorridos, no dia 10/10/2009, impede que se coteje a ausência do corte individual e a persistência do argumento da agravante de que houve suspensão coletiva.

Sirvo-me do escólio de *Teresa Arruda Alvim Wambier:*

> Como se disse, pela lei atual, em qualquer caso, a responsabilidade pela formação do instrumento é da parte (art. 525, *caput:* a petição de agravo *será instruída).*
> O recurso não pode ser conhecido se desacompanhado de razões ou das peças tidas como obrigatórias pelo art. 525, inc. I, para a formação do instrumento, que são cópias da decisão agravada, da certidão de sua intimação (para controle da tempestividade) e das procurações outorgadas pelas partes a seus advogados, desde que, é claro, não se junte outro e novo instrumento de procuração.
> Faltante qualquer destes documentos, o recurso não será conhecido. Ausente, todavia, peça que não consta do elenco do inc. I do art. 525, mas que seja *necessária* à compreensão da controvérsia, o recurso igualmente

> não será conhecido.
> Estas peças, embora não sejam tidas por obrigatórias pelo art. 525, inc. I, uma vez não juntadas, impedem a compreensão das razões do agravo. O vício do recurso, assim, a rigor, insere-se nos incs. I e II, do art. 524, e não nos incisos do art. 525.
> (Wambier, Teresa Arruda Alvim. Os Agravos no CPC Brasileiro, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, 4ª edição, pgs. 280/281)

A respeito da obrigatoriedade da juntada de peça que, embora facultativa, revela-se necessária à compreensão da controvérsia travada nos autos, sob pena de não conhecimento do recurso, a jurisprudência da Corte Uniformizadora Infraconstitucional proclama que:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PEÇA FACULTATIVA, MAS NECESSÁRIA À COMPREENSÃO DA LIDE. DEFICIÊNCIA NA FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. NÃO CONHECIMENTO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. REALIZAÇÃO EM DUAS ETAPAS. NÃO VINCULAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.
> I- É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de não conhecer do agravo, quando verificada a ausência de peça no instrumento, ainda que facultativa, mas indispensável para a compreensão da controvérsia.
> II- O rol descrito no artigo 544, § 1º da Lei Processual Civil diz respeito, tão-somente, à formação mínima a ser dada ao agravo de instrumento. Assim, as peças ali elencadas são de obrigatória observância. Além dessas, à evidência, deve o recorrente juntar todas outras que viabilizem o indispensável entendimento do litígio posto em questão. Em síntese, têm-se que as peças necessárias também devem ser trasladadas pelo agravante, sob pena do não conhecimento do recurso.
> III- O juízo de admissibilidade do recurso especial é exercido em duas etapas. A primeira, no Tribunal de origem. A segunda, neste Superior Tribunal de Justiça. Com relação a este particular, cumpre salientar que a Corte ad quem não está vinculada à delibação positiva ou negativa realizada na origem.
> IV- Agravo interno desprovido. (AgRg no Ag 490812/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJ 04/08/2003 p. 382)

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DENUNCIAÇÃO À LIDE. AUSÊNCIA DE CÓPIA DO CONTRATO DE SEGURO. PEÇA NECESSÁRIA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA N. 283/STF.
> I. Inatacado um dos fundamentos do acórdão relativo à falta de cópia do contrato de seguro para compreensão da controvérsia, inviável o conhecimento do recurso especial em face do óbice da Súmula nº 283 do C. STF.
> II. Recurso especial não conhecido. (REsp 476570/MG, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ 14/04/2003 p. 233)

> Recurso Especial. Processual Civil. Agravo de Instrumento. Tribunal a quo. Instrução. Peça necessária. Ausência.
> A ausência de peça essencial à compreensão da controvérsia (peça necessária) enseja o não conhecimento do agravo de instrumento, não sendo possível, na atual sistemática legal, converter o julgamento em diligência para complementação do traslado nem ensejar ao agravante a juntada da peça faltante. (REsp 309763/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 04/11/2002 p. 197)

Assim sendo, conclui-se que o recurso sob apreciação, quanto ao aspecto da ausência de juntada de documentos facultativos, porém necessários à compreensão da controvérsia, restou deficientemente mal formado, de tal sorte a impossibilitar o conhecimento da parte da decisão agravada em alusão.

Isto posto, não conheço do recurso de agravo de instrumento, com fundamento no art. 525, II, do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2010.

PROCESSO Nº 0030340-31.2013.8.06.0000
AGRAVO DE INSTRUMENTO DA COMARCA DE FORTALEZA
AGRAVANTE: DERBY CLUBE SOBRALENSE
AGRAVADO: NELSON JOSÉ ROSSI
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AMBIENTAL. POLUIÇÃO SONORA. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES AUTORAIS CALCADAS EM PROVAS PERICIAIS E DOCUMENTAIS HÁBEIS A DEMONSTRAR ABUSO DE DIREITO. PONDERAÇÃO DE VALORES. PERMISSÃO DO FUNCIONAMENTO DO CLUBE SOCIAL DESDE QUE OBSERVADOS OS LIMITES IMPOSTOS PELA LEGISLAÇÃO, SOB PENA DE MODIFICAÇÃO DA MEDIDA JUDICIAL E COBRANÇA DA MULTA IMPOSTA. REFORMA PARCIAL DA DECISÃO RECORRIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO, EM PARTE.

1. A paz social é corolário da ordem jurídica, sendo o sossego alheio uma de suas mais evidentes facetas, tanto que é recorrente na legislação de todas as esferas estatais.

2. A Lei Complementar nº 7 de 01/02/2000, do município de Sobral, remete o intérprete à observância das normas técnicas oficiais da ABNT que, segundo a NBR 10.151 (fixa condições exigíveis para avaliação da aceitabilidade do ruído em comunidades, independente da existência de reclamações) e a NBR 10.152 (fixa os níveis de ruído compatíveis com o conforto acústico em ambientes diversos): *i)* é de 55 dB (decibéis) o limite diurno máximo de ruído e de 50 dB (decibéis) o noturno, para áreas mistas, predominantemente residenciais, níveis estes que, caso superados, ocasionam desconforto às pessoas, quando não problemas de saúde.

3. *In casu*, a prova pericial e os documentos encartados aos autos basearam-se nas regras oficiais sobreditas, concluindo-se que o agravante, efetivamente, emite ruídos além do limite permissível, provocando poluição sonora.

4. Exigir do agravante a conduta de adequar-se às regras de sonoridade, não afronta, decerto, a ordem econômica, vez que a função social da propriedade é princípio a ser por ele observado, podendo, ainda, ser restringida por lei a garantia do livre exercício de atividade econômica, conforme preconiza o artigo 170 da Constituição Federal.
5. Todavia, sobreleva destacar que a cessação incondicionada de evento com utilização de equipamento sonoro no local de funcionamento do Derby Clube Sobralense, constitui medida que, *a priori*, em juízo de cognição sumária, atenta contra os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.
6. Diante do exposto, reformo a decisão recorrida para permitir o normal funcionamento do Derby Clube Sobralense, desde que atendidos os limites de emissão sonora constantes da legislação aplicável ao caso, isto é, de até 55 dB (cinquenta e cinco decibéis) como limite diurno, e de até 50 dB (cinquenta decibéis) como limite noturno, sob pena de multa cominatória de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada evento realizado com infração da legislação de regência.
7. Agravo de Instrumento conhecido e provido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, com unanimidade de votos, em conhecer do Agravo de Instrumento, dando-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por DERBY CLUBE SOBRALENSE contra decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Sobral, que, nos autos da Ação de Dano Infecto (Processo nº 39608-93.2013.8.06.0167/0) movida por NELSON JOSÉ ROSSI, antecipou a tutela requestada, determinando a abstenção de atividades festivas, com utilização de som, por parte do clube social demandado, sob pena de multa cominatória de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada evento realizado (fls. 62/66).

Em suas razões recursais, o agravante ressente-se contra a medida judicial recorrida, alegando que o agravado reside há alguns anos próximo ao clube agravante e nunca se incomodou, além do que a área em questão é de utilização mista, isto é, tanto comporta residências como prédios que exploram atividade econômica, tais quais o Derby Clube Sobralense.

Informa que a intensidade do barulho varia de acordo com a natureza do evento, de forma que, de fato, o ruído produzido poderá causar perturbação ao agravado, em algumas ocasiões.

Ressente-se pelo fato de que a prova trazida aos autos pelo autor foi produzida unilateralmente.

Outrossim, afirma que a paralisação dos eventos agendados implicará em sério prejuízo econômico ao clube, de consequências irreversíveis, razão pela qual pugna pela aplicação do princípio da proporcionalidade para o fim de reformar a decisão recorrida (fls. 01/19).

Em suas contrarrazões, o recorrido requer a manutenção da decisão agravada, na medida em que nela foram consignados fundamentos jurídicos afinados com a jurisprudência pátria.

Ademais, frisa que o excesso de ruído encontra-se sobejamente comprovado nos autos, a autorizar a medida judicial pleiteada na inicial (fls. 111/126).

É o relatório.

Inclua-se em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos dos recursos, passo ao exame da controvérsia.

A pretensão veiculada na exordial objetiva a abstenção do Derby Clube Sobralense de promover festas em suas dependências, até que seja instalado isolamento acústico adequado, de modo a evitar a perturbação do sossego alheio.

A paz social, como bem lançado na decisão recorrida, é corolário da ordem jurídica, donde se extraem diversos dispositivos legais em sua defesa, a exemplo do art. 42 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41), cujo preceito primário imputa negativamente a conduta daquele que perturba o sossego alheio abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos, precisamente a hipótese dos autos.

Na seara cível, o barulho excessivo fere, inclusive, o direito à personalidade, a gerar danos morais e materiais, ensejando o manejo da ação de dano infecto, tal como fez o agravado, baseado no art. 1.277, *caput* do Código Civil, que diz: "O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais

à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha."

Ora, não restam dúvidas de que dentre as várias facetas as quais podem exsurgir do conceito de paz social, a defesa do sossego alheio é uma das mais evidentes, tanto que é recorrente na legislação de todas as esferas estatais, seja na Lei Maior (art. 225, *caput*) – da qual deflui – seja em Leis Municipais, dentre as quais cito os arts. 208, 210 e 212 da Lei Complementar nº 7 de 01/02/2000, que institui o Código de Obras e Posturas do Município de Sobral:

> CONSTITUIÇÃO FEDERAL
>
> [...]
> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> LEI COMPLEMENTAR Nº 7 DE 01/02/2000
>
> Título VIII
>
> Da Ordem e Segurança Públicas
>
> [...]
> Seção I
>
> Da Tranquilidade Pública
>
> Art. 208 - É proibido perturbar o sossego e o bem-estar públicos ou da vizinhança, com ruídos, algazarras, barulhos ou sons de qualquer natureza, excessivos e evitáveis.
> [...]
> Art. 210 - Os níveis de intensidade de som ou ruído obedecerão às normas técnicas oficiais estabelecidas e serão controladas por aparelho de medição de intensidade sonora, em decibéis-dB.
> [...]
> Art. 212 - Nas proximidades de hospitais, casas de saúde, sanatórios, asilos, escolas e residências, é proibido executar qualquer serviço ou trabalho que produza ruídos, antes das 7:00h (sete horas) e depois da 19:00h (dezenove horas).

Nessa seara, dispõe a Lei nº 6.938/81 – que institui a Política Nacional do Meio Ambiente – acerca do conceito de poluição:

> Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
> [...]

> III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
> a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
> b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
> c) afetem desfavoravelmente a biota;
> d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
> e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Essa lei, por sua vez, conferiu competência normativa ao CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente, o qual baixou a Resolução nº 1/90, cujo itens I e II preveem:

> I - "a emissão de ruído, em decorrência de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política, obedecerá no interesse da saúde, do sossego público, aos padrões, critérios e diretrizes estabelecidos nesta Resolução".
>
> II - "são prejudiciais à saúde e ao sossego público, para os fins do item anterior, os ruídos superiores aos considerados aceitáveis pela norma NBR 10.152, Avaliação de Ruídos em Áreas Habitadas - visando ao conforto da comunidade - da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT".

O Município de Sobral, em razão do sistema constitucional de repartição de competências, bem poderia suplementar as normas gerais trazidas pela entidade privada acima reportada (ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas), fixando índices menores de decibéis a aumentar a proteção acústica (art. 24, § 1º da CF/88).

Todavia, a Lei Complementar nº 7 de 01/02/2000, do município de Sobral, neste aspecto, remete o intérprete à observância das normas técnicas oficiais da ABNT que, segundo a NBR 10.151 (fixa condições exigíveis para avaliação da aceitabilidade do ruído em comunidades, independente da existência de reclamações) e a NBR 10.152 (fixa os níveis de ruído compatíveis com o conforto acústico em ambientes diversos):

1) é de 55 dB (decibéis) o limite diurno máximo de ruído e de 50 dB (decibéis) o noturno, para áreas mistas, predominantemente residenciais, níveis estes que, caso superados, ocasionam desconforto às pessoas, quando não problemas de saúde (http://www.abnt.org.br/).

2) é de 50 dB (decibéis) o limite máximo de ruído no interior de residências, nível este que, caso superado, ocasiona desconforto às pessoas, quando não problemas de saúde (http://www.abnt.org.br/).

O art. 230 do citado Código de Obras e Posturas do Município de Sobral preconiza:

> Art. 230 - A emissão de ruídos, em decorrência de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política, obedecerá aos padrões definidos em legislação federal e Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente,CONAMA, e a outros que venham a ser definidos a nível estadual ou municipal de forma mais restritiva, com vistas a compatibilizar o exercício das atividades com a preservação da saúde e do sossego público, ficando desde já definidos os seguintes padrões:
> I - são prejudiciais à saúde e ao sossego público, para os fins desta Lei, os ruídos com níveis superiores aos considerados aceitáveis pela NBR 10.151 – Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas – da ABNT; e
> II - na execução dos projetos de construção ou de reformas de edificações para atividades heterogêneas, o nível de som produzido por uma delas não poderá ultrapassar os níveis estabelecidos pela NBR 10.152 – Níveis de Ruído para Controle Acústico – da ABNT.

No caso, constato que a prova pericial e os documentos encartados aos autos basearam-se nas regras oficiais sobreditas, concluindo-se que o agravante, efetivamente, emite ruídos além do limite permissível, provocando poluição sonora (fls. 40/48).

Não bastasse, a Autarquia Municipal de Meio Ambiente de Sobral – AMMA, concluiu, no Relatório de Vistoria Técnica nº 101/2012, que: "... os níveis de ruídos [...] estão acima dos limites máximos permitidos...". De fato, as medições realizadas denunciaram os seguintes patamares de decibéis: 69,8 dB, 55,1 dB e 64,5 dB, em horários distintos, durante a noite do dia 27/10/2012, na área em questão, onde reside o agravado e está situado o clube agravante (fls. 52/61).

Quanto a tais provas, o agravante tenta desqualificá-las sob a alegação de terem sido produzidas unilateralmente. Sem sucesso. Com efeito, o autor da ação é livre para produzir todas as provas admitidas em direito (art. 333, I do CPC), dentre elas a prova pericial tal qual como realizada, desde que submetida ao crivo do contraditório, circunstância esta que acontece no exato momento em que o agravante as desmerece. Contudo, inexistente contraprova infirmadora das perícias realizadas, ao menos por ora encontro nitidamente presente a verossimilhança das alegações autorais (*fumus boni iuris)*.

Não se olvide, ademais, que a conclusão da perícia realizada pela entidade ambiental do município de Sobral (AMMA) goza de presunção de veracidade, prerrogativa inerente aos órgãos e entes estatais (art. 19, II da CF/88).

Nessa toada, também salta aos olhos a existência do *periculum in mora* em favor do agravado, eis que se a poluição sonora é recorrente, está claro que desde há muito sofre com o desconforto acústico ocasionado pelo mau uso dos equipamentos sonoros durantes os diversos eventos promovidos pelo agravante.

Mister destacar que o inconformismo do recorrido pode ser exercitado a qualquer tempo, independentemente do lapso temporal de residência no bairro indigitado, até porque o seu desconforto se renova a cada evento sonoro, e sobretudo porque a proteção ao meio ambiente, por se tratar de direito fundamental indisponível, constitui matéria imprescritível, diferentemente da pretensão indenizatória, passível de prescrição.

A esse respeito, cito precedente do STJ:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - DIREITO AMBIENTAL-AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL – PEDIDO GENÉRICO – ARBITRAMENTO DO *QUANTUM DEBEATUR* NA SENTENÇA: REVISÃO, POSSIBILIDADE - SÚMULAS 284/STF E 7/STJ.
> [...]
> 6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal.
> 7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer , considera-se imprescritível o direito à reparação.
> 8. O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental.
> [...]
> 11. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.
> (REsp 1120117/AC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 19/11/2009)

Decerto que do mesmo modo que a todos é assegurado um meio ambiente ecologicamente equilibrado, também é o livre exercício da atividade econômica e dos direitos culturais, a incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais (arts. 170, 215 e 225 da CF/88).

Por outro lado, exigir do agravante a conduta de adequar-se às regras de sonoridade, não afronta, decerto, a ordem econômica, vez que a função social da propriedade é princípio a ser por ele observado, podendo, ainda, ser restringida por lei a garantia do livre exercício de atividade econômica, conforme preconiza o artigo 170 da Constituição Federal, *in verbis*:

> 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:
> [...]
> III - função social da propriedade;
> [...]
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Sobre a temática, leciona DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR:

> "O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reconhecido pela Constituição Federal em capitulo situado no titulo da ordem social, é um direito fundamental, na categoria direito social, qualificado pela doutrina como direito de terceira geração. Nem por isso se lhe negue caráter, também, individual. Cuida-se, pois, de um direito simultaneamente considerado direito social e individual, uma vez que a realização individual deste direito fundamental está intrinsecamente ligado à sua realização social, por isso mesmo considerado transindividual.
> Com efeito, o principio da defesa do meio ambiente, previsto no art. 170 da Carta Magna, surge no art. 225 como direito fundamental. De principio conformador da ordem econômica, tem seu conteúdo ampliado, quando é reconhecido que, além de um fator da produção, é a proteção do meio ambiente uma condição essencial para o livre desenvolvimento das potencialidades do individuo e para melhoria da convivência social.
> Assim, inobstante não inserido no rol do art. 5º da Constituição Federal, deve-se considerar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado no art. 225 daquela Carta, é, sem sombra de dúvida, um direito fundamental, porque é uma prerrogativa individual, cuja realização envolve uma série de atividades públicas e privadas, produzindo não só a sua consolidação no mundo da vida como trazendo, em decorrência disto, uma melhoria das condições de desenvolvimento das potencialidades individuais, bem como uma ordem social livre."
> (*in* CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 1095)

Diante da colisão entre princípios constitucionais, não há dúvidas de que se deve buscar uma harmonização entre eles, atentando-se à preservação do núcleo mínimo daquele que não teve primazia na análise do caso concreto, em vistas ao princípio da concordância prática ou da harmonização.

Conforme se extrai da lição de ALEXANDRE DE MORAES:

> "[...] Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).
> Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da

> concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de um em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua". (*in* DIREITO CONSTITUCIONAL. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 61)

Firmadas essas premissas, sobreleva destacar que a cessação incondicionada de evento com utilização de equipamento sonoro no local de funcionamento do Derby Clube Sobralense, constitui medida que, *a priori*, em juízo de cognição sumária, atenta contra os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Sobre a aplicação de tal princípio adoto a lição do ministro LUÍS ROBERTO BARROSO:

> "O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento na ideia de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle de discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. [...] O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça no caso concreto".
> (*in* INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 374/375).

Nesse sentido, entendo que pode ser levado a efeito medida alternativa, mais adequada e menos gravosa ao recorrente, mas que ao mesmo tempo satisfaça o recorrido, permitindo-se o alcance do resultado prático esperado.

Sem embargo, impende destacar o importante papel do Ministério Público, que tem atribuição constitucional de buscar a salvaguarda dos direitos e interesses individuais e coletivos indisponíveis, dentre os quais o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 127 e 225 da CF/88).

Nesse sentido, o *Parquet* dispõe de instrumentos para tal desiderato, como a instauração de inquérito civil, o ajuizamento de ação civil pública, além da possibilidade de firmar termo de ajustamento de conduta, mediante cláusulas pactuadas com o transgressor, a bem do interesse público (Lei nº 7.347/85).

Adite-se que o Município de Sobral, através do exercício do poder de polícia, pode, após apuração técnica, como demonstrada nos autos, obstar ou impor mecanismos administrativos aptos à restrição do direito do apelante, até que se submeta aos ditames legais.

A esse respeito, confira-se os termos dos arts. 207, 209, 249 e 253/255 da Lei Complementar nº 7/2000 (Código de Obras e Posturas do Município de Sobral), *in verbis*:

> [...]
> Art. 207 - Para atender as exigências do bem-estar público, o controle e a fiscalização, a Prefeitura deverá desenvolver-se no sentido de assegurar a moralidade pública, o sossego público, a ordem nos divertimentos e festejos públicos, a utilização adequada das vias públicas, a exploração ou utilização dos meios de publicidade e propaganda nos logradouros públicos ou em qualquer lugar de acesso ao público, além de outros campos que o interesse social venha a exigir.
> [...]
> Art. 209 - Compete à Prefeitura licenciar e fiscalizar todo e qualquer tipo de instalação de aparelhos sonoros que produzam ruídos, instrumentos de alerta, advertência, propaganda ou sons de qualquer natureza, que, pela intensidade de volume, possam constituir perturbação ao sossego público ou da vizinhança.
>
> Parágrafo único - A falta de licença para funcionamento de instalações ou instrumentos a que se refere o presente artigo, implicará na aplicação de multa e na intimação para retirada do mesmos no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de multa diária.
> [...]
> Art. 249 - Os infratores das disposições desta Lei, no que concerne aos exercício das atividades, ficam sujeitos às seguintes sanções:
> I - advertência;
> II - apreensão e perda de bens e mercadorias;
> III - cassação de licença;
> IV - desfazimento, demolição ou remoção;
> V - embargo;
> VI - exclusão do registro de profissionais legalmente habilitados junto à Prefeitura;
> VII - interdição;
> VIII - multa; e
> IX – suspensão.
>
> Art. 253 - A fiscalização do cumprimento do disposto nesta Lei e nas normas dela decorrentes será exercido pelo órgão municipal competente, através de seus agentes credenciados.
>
> Art. 254 - Aos agentes credenciados compete:
> I - efetuar vistorias em geral, levantamentos e avaliações;
> II - lavrar notificações e intimações aos infratores à presente lei para prestarem esclarecimentos em local e data previamente determinados ou apresentar documentos, bem como determinar a correção de irregularidades constatadas, fixando os respectivos prazos;
> III - constatar a ocorrência de infrações, lavrando o respectivo auto;
> IV - verificar a procedência de denúncias e exigir as medidas necessárias para a correção das irregularidades; e

> V - exercer outras atividades inerentes ao poder de polícia administrativa.
>
> Art. 255 - A autoridade pública que tiver conhecimento de infração ao disposto nesta Lei, é obrigada a promover a sua apuração imediata, sob pena de co responsabilidade.
>
> Parágrafo único - As infrações são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório, observados os demais princípios de direito público atinentes.

Enfim, o aparato administrativo à disposição da coletividade, inclusive do autor da ação, é abundante e significativo.

Contudo, atendendo ao princípio da indeclinabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV da CF/88) mister prestar a jurisdição, com a ressalva de que a medida a seguir imposta poderá, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada, a depender da situação fático jurídica devidamente comprovada nos autos, à luz do art. 273, § 4º do CPC.

Diante do exposto, **CONHEÇO** do Agravo de Instrumento, **DANDO-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para permitir o normal funcionamento do Derby Clube Sobralense, desde que atendidos os limites de emissão sonora constantes da legislação aplicável ao caso, isto é, de até 55 dB (cinquenta e cinco decibéis) como limite diurno, e de até 50 dB (cinquenta decibéis) como limite noturno, sob pena de multa cominatória de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada evento realizado com infração da legislação de regência.

É como voto.

Fortaleza, 17 de fevereiro de 2014.

PROCESSO Nº 0032565-24.2013.8.06.0000 CONEXO AO PROCESSO Nº 0032981-89.2013.8.06.0000
AGRAVO DE INSTRUMENTO DA COMARCA DE FORTALEZA
AGRAVANTES: GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA E MUCURIPE VEÍCULOS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA - SILCAR
AGRAVADOS: FRANCISCO DE ASSIS ABREU MIRANDA
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CONSUMIDOR. AGRAVOS DE INSTRUMENTO. PROPAGANDA ENGANOSA. ENCARTE PUBLICITÁRIO EM DESACORDO COM O BEM ADQUIRIDO. QUEBRA DOS DEVERES TANGENTES DE LEALDADE E BOA-FÉ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. AGRAVOS DE INSTRUMENTO CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

1. O art. 6º, incisos III e IV do CDC inclui dentre os direitos básicos do consumidor o direito à informação, assegurando-lhe, ainda, proteção contra a publicidade enganosa, sendo toda aquela capaz de induzir o consumidor em erro, fazendo com que tenha uma falsa percepção da realidade, dissociada daquilo que legitimamente poderia esperar.

2. Analisando as circunstâncias fáticas que permeiam o caso, facilmente constato a conduta das agravantes como abusiva e violadoras dos deveres anexos à boa-fé objetiva.

3. No caso, considerando a veiculação do encarte com informação de que o automóvel Vectra Elegance adquirido pelo consumidor continha o sistema de freios ABS, a palavra do vendedor autorizado e a publicidade acerca do bem, mormente quando se trata de compra na concessionária da marca, não parece razoável a defesa das agravantes com base nas especificações técnicas contidas no manual, o qual sabidamente não é lido previamente pelo adquirente.

4. Assim, malgrado a comprovação pelas agravantes de que o veículo Vectra Elegance, ano 2010, do tipo adquirido pelo agravado (PDX), não continha o sistema de freios ABS, houve falha na informação transmitida ao consumidor, que o adquiriu fiando-se na publicidade realizada, fator determinante para a

compra. Além disso, o componente em questão (freios ABS) não se trata de mero vício aparente, fácil de percepção.
5. Nesse contexto, a prática comercial observada, sem dúvidas, é abusiva, sendo inaceitável, sob pena de gerar insegurança e instabilidade no próprio cenário mercadológico em que atuam as agravantes.
6. Agravos de instrumento conhecidos e improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, com unanimidade de votos, em conhecer dos agravos de instrumento, negando-lhes provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de agravos de instrumento interpostos por GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA. e MUCURIPE VEÍCULOS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. - SILCAR contra decisão proferida pelo juízo da 14ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que, nos autos da Ação Redibitória cumulada com Indenização por Danos Morais, movida por FRANCISCO DE ASSIS ABREU MIRANDA, antecipou a tutela requestada, determinando a substituição do veículo adquirido pelo autor por outro que contenha todas as características descritas no encarte publicitário que motivou a compra feita pelo demandante.

Em suas razões recursais, a General Motors do Brasil Ltda. insurge-se contra o *decisum*, alegando que o veículo adquirido pelo agravado não contém vício oculto de qualidade. Nesse contexto, assevera que a série do veículo Vectra Elegance, ano 2010, não possui sistema de freios ABS/EBD, item que somente fora agregado à referida série a partir de 2011. Ademais, enfatiza que o encarte publicitário que motivou a compra do citado automóvel pelo recorrido, não contém tal item especificado, portanto, inexiste verossimilhança quanto aos fatos alegados pelo autor, razão pela qual se mostra insubsistente a decisão antecipatória da tutela, mormente porque ausente o contraditório. Requereu a concessão do efeito suspensivo da decisão recorrida e, ao final, a sua reforma.

No mesmo sentido, a Mucuripe Veículos Comércio e Serviços Ltda. – Silcar reforça a tese da fabricante, acrescentando que o sistema de freios ABS não consta do Manual de Especificações do Veículo Vectra Elegance, ano 2010. Outrossim,

afirma ser desarrazoada a pretensão do agravado que, somente após três anos de uso do veículo vem a reclamar de suposto de vício no produto adquirido.

Em sede de liminar, esta Relatoria concedeu o requerido efeito suspensivo da decisão agravada, nos autos do agravo aviado pela General Motors do Brasil Ltda.

É o breve relatório.

Inclua-se em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos dos recursos, passo ao exame da controvérsia.

A princípio, por ocasião da decisão interlocutória proferida nos autos do agravo de instrumento interposto pela Motors do Brasil Ltda. interpretei que o encarte publicitário colacionado pelas partes discriminava as características das três versões do veículo Vectra (Expression, Elegance e Elite) de forma separada. Ou seja, entendi que somente os itens constantes abaixo do nome negritado da respectiva versão do automóvel compunham, efetivamente, o veículo descrito. Assim sendo, induzido pelas alegações da fabricante Motors do Brasil Ltda., fiz-me compreender que o item "sistema de freios antiblocante (ABS) com freios traseiros a disco sólido e sistema de distribuição eletrônica de frenagem (função EBD)" somente integravam a versão Expression, posto que tal discriminação consta abaixo do nome negritado: **"Itens da versão Expression adicionados de"**, no encarte publicitário.

Todavia, não é assim. Na verdade, a versão Elegance – adquirida pelo consumidor – contém todos os itens abaixo da nomenclatura negritada **"Itens da versão Expression"** mais aqueloutros descritos sob a nomenclatura **"Itens da versão Expression adicionados de"**, em consonância com a fotografia do Vectra Elegance logo ao lado da nomenclatura **"Itens da versão Expression adicionados de"**. Portanto, conforme o encarte publicitário que motivou o agravado a adquirir o veículo objeto desta demanda, a versão Elegance deveria, sim, conter sistema de freios antiblocante (ABS) e sistema de distribuição eletrônica de frenagem (função EBD).

Por outro lado, as agravantes insistem que a versão Elegance do Vectra tipo PDX, ano 2010, não continha, conforme o manual do automóvel, o sistema de freios ABS, de forma que não houve engano ao consumidor.

Ora, o art. 6º, incisos III e IV do CDC inclui dentre os direitos básicos do consumidor o direito à informação, assegurando-lhe, ainda, proteção contra a publicidade enganosa, assim definida pelo art. 37, § 1º, como "qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a

respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços".

As práticas abusivas e enganosas, previstas no Código Consumerista, englobam qualquer conduta do fornecedor ou fabricante que viole a boa-fé objetiva. Assim, configura publicidade enganosa toda aquela capaz de induzir o consumidor em erro, fazendo com que tenha uma falsa percepção da realidade, dissociada daquilo que legitimamente poderia esperar.

Analisando as circunstâncias fáticas que permeiam o caso, facilmente constato a conduta das agravantes como abusiva e violadoras dos deveres anexos à boa-fé objetiva. E aqui, apresso-me a dizer que não somente a fornecedora do veículo telado é responsável pela conduta apontada, mas também a fabricante, na medida em que o encarte publicitário tem a sua chancela, ou seja, contém menção à marca Chevrolet, a garantir segurança ao consumidor.

No caso, considerando a veiculação do encarte com informação de que o automóvel Vectra Elegance adquirido pelo consumidor continha o sistema de freios ABS, a palavra do vendedor autorizado e a publicidade acerca do bem, mormente quando se trata de compra na concessionária da marca, não parece razoável a defesa das agravantes com base nas especificações técnicas contidas no manual, o qual sabidamente não é lido previamente pelo adquirente.

Assim, malgrado a comprovação pelas agravantes de que o veículo Vectra Elegance, ano 2010, do tipo adquirido pelo agravado (PDX), não continha o sistema de freios ABS (cf. manual de especificações técnicas dos anos de 2010 e 2011), houve falha na informação transmitida ao consumidor, que o adquiriu fiando-se na publicidade realizada, fator determinante para a compra. Além disso, o componente em questão (freios ABS) não se trata de mero vício aparente, fácil de percepção.

Nesse contexto, a prática comercial observada, sem dúvidas, é abusiva, sendo inaceitável, sob pena de gerar insegurança e instabilidade no próprio cenário mercadológico em que atuam as agravantes.

Com efeito, entre os princípios encampados pelo Código de Defesa do Consumidor encontra-se o da boa-fé objetiva (arts. 4º, *caput* e III e 51, IV), impondo às partes uma regra de conduta, obrigando-as a agir em consonância com certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de estabelecer equilíbrio nas relações de consumo.

Ao discorrer sobre o tema, CLÁUDIA LIMA MARQUES define o instituto da boa-fé como sendo:

> "(...) uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando

> para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes."
> (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo,2002, RT, 4ª ed., pgs. 181/182).

Com efeito, no âmbito do direito do consumidor, um dos principais aspectos da boa-fé objetiva é seu efeito vinculante em relação à oferta e à publicidade que se veicula, de modo a proteger a legítima expectativa criada pela informação.

Daí a necessidade de que as informações sobre o produto sejam prestadas ao consumidor, antes e durante a contratação, de forma clara, ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas e assegurar o equilíbrio da relação entre os contratantes.

Seguindo a regra geral instituída no regime da Lei nº 8.078/90, para a averiguação da enganosidade do anúncio não há necessidade de exame do dolo ou culpa do anunciante, sendo suficiente que o anúncio em si seja enganoso ou que na sua relação real com o produto ou o serviço anunciado o seja, para que fique caracterizada a conduta enganosa. A responsabilidade é objetiva, e como tal deve ser considerada.

Nessa linha de raciocínio, verifico que as razões deduzidas pelas agravantes não se mostram aptas a abalar a conclusão da decisão recorrida, que deve ser mantida em sua integralidade.

Diante do exposto, **CONHEÇO** dos agravos de instrumento, **NEGANDO-LHES PROVIMENTO**, devendo ser mantida incólume a decisão agravada.

É como voto.

Fortaleza, 18 de dezembro de 2013.

PROCESSO Nº 0032863-16.2013.8.06.0000
AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA.
AGRAVADO: LEONARDO ESTÊVÃO RAMOS
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL. PLANO DE SAÚDE ORTODÔNTICO. CIRURGIA BUCOMAXILOFACIAL NÃO AUTORIZADA PELA OPERADORA DO PLANO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO CIRÚRGICA COMPROVADA. COBERTURA DO PLANO DE SAÚDE. DESNECESSIDADE DE CREDENCIAMENTO DO ESPECIALISTA SOLICITANTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A verossimilhança das alegações do recorrido reside no fato de que o procedimento cirúrgico bucomaxilofacial requerido na inicial, qual seja, *"01 (uma) osteotomia Le Fort I e 02 (duas) osteotomias para prognatismo, micrognatismo ou laterognatismo"* para *"correção das desarmonias dento-faciais"* do paciente, não se trata de procedimento meramente odontológico, vez que é realizado em ambiente hospitalar e com anestesia geral, enquadrando-se, pois, no conceito de atendimento hospitalar.

2. No que tange à questão do credenciamento do profissional da saúde à operadora do plano de saúde, segundo se observa do site da ANS a questão foi objeto inclusive da Súmula Normativa nº 11, de 20 de agosto de 2007, bem assim restou assegurado o direito do Cirurgião Dentista de solicitar exame e internação.

3. Quanto à urgência do procedimento cirúrgico, limita-se a agravante a gizar que o caráter da internação do paciente fora marcado pelo seu dentista como eletivo e não emergencial. Todavia, essa informação não pode suplantar a realidade dos fatos apresentados nestes autos, que verdadeiramente demonstram extremo incômodo que invade o paciente dada a sua condição de sáude bucal.

4. Ademais disso, o material indicado pelo dentista solicitante entremostra-se necessário à intervenção cirúrgica

recomendada ao agravado, de sorte que a parte adversa não se desincumbiu de comprovar a eficácia de similares compatíveis ao êxito do procedimento cirúrgico.
5. Dentro deste panorama, no atual momento processual, considero existente o *periculum in mora* em prol do agravado, devendo ser mantida a medida antecipatória da tutela que autorizou a realização da intervenção cirúrgica no paciente às expensas da agravante.
6. Agravo de Instrumento conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, com unanimidade de votos, em conhecer do agravo de instrumento, negando-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA. contra decisão interlocutória proferida pelo juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Danos Morais (processo nº 0191787-25.2013.8.06.0001), movida por LEONARDO ESTÊVÃO RAMOS, concedeu a antecipação de tutela, determinando à agravante a assunção de todos os custos com o procedimento ortocirúrgico indicado pelo profissional que assiste o agravado (fls. 30/33).

Em suas razões recursais, alega a agravante que: o procedimento cirúrgico indicado para o agravado é eletivo e não emergencial, além de ser contrário ao parecer consultivo dos profissionais credenciados da rede do plano de saúde; que o profissional da saúde que assiste o agravado não é credenciado da rede Hap Vida; e que os materiais solicitados por ele não condizem com os regramentos da Resolução nº 1.956/10/CFM, que veda, expressamente, a indicação de marca comercial pelos profissionais da saúde. Requer o efeito suspensivo do recurso aviado e, ao final, a revogação definitiva da medida impugnada (fls. 01/14).

Por outro lado, o agravado informa que há 07 (sete) meses espera pela autorização da cirurgia, após ter se submetido a tratamento ortodôntico, e que corre risco de agravamento das funções de mastigação, deglutição, fonação, respiração e oclusão. Argumenta que os materiais solicitados pelo profissional da saúde que lhe assiste não

indicam exclusividade de fornecedores, ao contrário daqueles com os quais a operadora de plano de saúde trava relações comerciais. Por fim, acrescenta ser abusiva a exigência de credenciamento do profissional da saúde solicitante do procedimento cirúrgico à rede de plano de saúde. Requer a manutenção integral da decisão recorrida (fls. 98/102).

É o relatório.

Inclua-se em pauta de julgamento.

VOTO

Passo à fundamentação em razão de encontrar-se bem instruído o presente agravo de instrumento, e por atender aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do recurso.

É certo que o juiz poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação, e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda, reste caracterizado o abuso de direito de defesa ou o evidente intento protelatório do réu, além da inexistência de risco de irreversibilidade do provimento antecipado (art. 273, do Código de Processo Civil).

A prova inequívoca, no escólio de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *in Da antecipação de tutela*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25, ***"... deve conduzir o magistrado a um juízo de probabilidade, verossimilhança, sobre os fatos narrados."*** Enquanto o juízo de verossimilhança, nas palavras de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *in Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 336, ***"é aquele que permite chegar a uma verdade provável sobre os fatos, a um elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor."*** E o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação pode ser conceituado como o temor concreto de haver prejuízo grave à parte, acaso a tutela seja prestada apenas ao final do processo.

Da análise dos autos, dessume-se a presença de tais requisitos, em prol do agravado.

A verossimilhança das alegações do recorrido, comprovada pelos documentos de fls. 68/72, reside no fato de que o procedimento cirúrgico bucomaxilofacial requerido na inicial, qual seja, *"01 (uma) osteotomia Le Fort I e 02 (duas) osteotomias para prognatismo, micrognatismo ou laterognatismo"* para *"correção das desarmonias dento-faciais"* do paciente, não se trata de procedimento meramente odontológico, vez que é realizado em ambiente hospitalar e com anestesia geral, enquadrando-se, pois, no conceito de atendimento hospitalar.

A par disso, o procedimento em questão possui previsão no artigo 10, § 4º, da Lei nº 9.656/1998 c/c artigo 18, incisos VIII e IX, da Resolução Normativa nº 262/2011, da Agência Nacional de Saúde - ANS, *in verbis*:

> Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:
>
> § 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS.
>
> Art. 18 O Plano Hospitalar compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica vigente, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvado o disposto no inciso X deste artigo, observadas as seguintes exigências:
> [...]
> VIII - cobertura dos procedimentos cirúrgicos buco-maxilo-faciais listados nos Anexos desta Resolução, para a segmentação hospitalar, conforme disposto no artigo 4° desta Resolução Normativa, incluindo a solicitação de exames complementares e o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, assistência de enfermagem, alimentação, órteses, próteses e demais materiais ligados ao ato cirúrgico utilizados durante o período de internação hospitalar.
> [...]
> IX - cobertura da estrutura hospitalar necessária à realização dos procedimentos odontológicos passíveis de realização ambulatorial, mas que por imperativo clínico necessitem de internação hospitalar, com equipe de saúde necessária à complexidade do caso, incluindo exames complementares e o fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, assistência de enfermagem e alimentação utilizados durante o período de internação hospitalar.

Também, de acordo com o inciso I do artigo 5º da Resolução CONSU nº 10 de 1998, no Plano Hospitalar é obrigatória a cobertura de cirurgias odontológicas bucomaxilofaciais que necessitem de ambiente hospitalar; que de acordo com o parágrafo único do artigo 7º da Resolução CONSU nº 10 de 1998, os procedimentos bucomaxilares e aqueles passíveis de realização em consultório, que por imperativo clínico necessitem de internação hospitalar, estão cobertos nos planos hospitalares e referência.

Portanto, inegável a possibilidade de cobertura do procedimento cirúrgico, contra a qual inexiste controvérsia jurídica.

No que tange à questão do credenciamento do profissional da saúde à operadora do plano de saúde, segundo se observa do site da ANS (www.ans.gov.br) a questão foi objeto inclusive da Súmula Normativa nº 11, de 20 de agosto de 2007, bem assim restou assegurado o direito do Cirurgião Dentista de solicitar exame e internação.

Vejamos:

> SÚMULA 11
> - A solicitação dos exames laboratoriais/complementares previstos no art. 12, inciso I, alínea b, da Lei n° 9.656, de 1998, e dos procedimentos abrangidos pelas internações hospitalares, de natureza buco-maxilo-facial ou por imperativo clínico, dispostos no art. 12, inciso II, da mesma lei, e no art. 7º, parágrafo único da Resolução CONSU nº 10, de 1998, devem ser cobertos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, mesmo quando promovidos pelo cirurgião-dentista assistente, habilitado pelos respectivos conselhos de classe, desde que restritos à finalidade de natureza odontológica; 2. A solicitação das internações hospitalares e dos exames laboratoriais/complementares, requisitados pelo cirurgião-dentista, devidamente registrado nos respectivos conselhos de classe, devem ser cobertos pelas operadoras, sendo vedado negar autorização para realização de procedimento, exclusivamente, em razão do profissional solicitante não pertencer à rede própria, credenciada ou referenciada da operadora; 3. A solicitação de internação, com base no art. 12, inciso II da Lei n° 9.656, de 1998, decorrente de situações clínicas e cirúrgicas de interesse comum à medicina e à odontologia deve ser autorizada mesmo quando solicitada pelo cirurgião-dentista, desde que a equipe cirúrgica seja chefiada por médico. 4. A cobertura dos procedimentos de natureza odontológica se dará respeitando o rol de procedimentos da ANS, contemplando todas as doenças que compõem a Classificação Internacional de Doenças – CID – da Organização Mundial de Saúde e, também, a segmentação contratada entre as partes."

Especificamente quanto à urgência do procedimento, denota-se que a recorrente não impugna os fatos narrados na inicial, no sentido de que o recorrido se encontra em estado de saúde bastante debilitado devido à "dificuldade de mastigação, fonação, dores faciais e luxação da articulação temporo-mandibular" ocasionadas pela "maloclusão do tipo classe III, padrão facial do tipo classe III, laterognatismo, mordida aberta anterior, dores severas em articulações temporo-mandibulares", diagnosticadas no paciente (fls. 68/69). Em verdade, limita-se a gizar que o caráter da internação do paciente fora marcado pelo seu dentista como eletivo e não emergencial (fl. 70). Todavia, essa informação não pode suplantar a realidade dos fatos apresentados nestes autos, que verdadeiramente demonstram extremo incômodo que invade o paciente dada a sua condição de sáude bucal.

Nesse diapasão, o dentista do agravado relata, inclusive que "atualmente o paciente tem relatado piora no quadro clínico com aumento das dores faciais, grande dificuldade de mastigação, e uso frequente de medicamentos para suportar a necessidade de manter suas atividades sociais."

Assim, nos termos da declaração do especialista que assiste o agravado "para correção do quadro clínico e para que não ocorra piora da saúde do paciente o mesmo necessita de forma imprescindível do procedimento cirúrgico de correção da deformidade dento-facial."

Ademais disso, saliento que o fato de o agravado, por solicitação de seu dentista, clamar pela cirurgia telada, com risco de vida, inclusive, é porque sua condição de saúde está realmente debilitada, pois certamente não optaria, sem necessidade, em submeter-se a tal. Daí porque, somadas às provas dos autos, considero mais fortes as razões do agravado do que a conclusão dos cirurgiões-dentistas credenciados da agravante, que insistem que "os dados clínicos apresentados e a situação clínica apresentada nos exames não correspondem com as solicitações advindas do solicitante do procedimento" (fl. 73).

Por fim, o material indicado pelo dentista solicitante, Dr. Saulo H. Botelho Batista, entremostra-se necessário à intervenção cirúrgica recomendada ao agravado. Além disso, hei de ponderar que a parte adversa não se desincumbiu de comprovar a eficácia de similares compatíveis ao êxito do procedimento cirúrgico.

Dentro deste panorama, no atual momento processual, considero existente o *periculum in mora* em prol do agravado (artigo 273, do CPC), devendo ser mantida a medida antecipatória.

Diante do exposto, **CONHEÇO** do agravo de instrumento, **NEGANDO-LHE PROVIMENTO**, devendo ser mantida incólume a decisão recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 20 de janeiro de 2014.

AÇÃO RESCISÓRIA

PROCESSO Nº: 453439-19.2000.8.06.0000/0
TIPO: AÇÃO RESCISÓRIA
COMARCA: FORTALEZA
AUTOR: BEZALIEL TEIXEIRA DE CASTRO
RÉUS: LUIZ FERREIRA DO NASCIMENTO, JOÃO FERREIRA FAUSTINO, ANTÔNIO FERREIRA FAUSTINO (FALECIDO) – SUCEDIDO POR LUIS FERREIRA FAUSTINO E, GRANJA IMPERADOR LTDA
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. OFENSA À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V, DO CPC. NÃO OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ART. 485, IX, CPC. SUPOSTO ERRO DE FATO SOBRE APRECIAÇÃO DO LAUDO PERICIAL. ILEGITIMIDADE DA PARTE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

1 – A pretensão formulada com objetivo de desconstituir a coisa julgada material com base no art. 485, V, do CPC, reconhecendo-se a ofensa à literal disposição de lei, não deve ser acolhida se o réu, verificando que o magistrado dispensou a oitiva das testemunhas de defesa por ocasião da audiência de instrução e julgamento, não recorreu no momento oportuno. Preclusão temporal configurada para afastar a procedência da rescisória quanto ao ponto.

2 – A violação literal de dispositivo de lei há que ser irrefutável, sob pena de inviabilidade da ação rescisória, uma vez afastada a possibilidade de discussão do acervo fático probatório nesta seara. Precedentes.

3 - Incompatível a alegação quanto ao erro de fato, fundamentado no art. 485, IX, do CPC, quando existente pronunciamento judicial categórico sobre a matéria, tanto na sentença quanto na apelação, por óbice dos parágrafos 1º e 2º, do aludido dispositivo. Admitir-se entendimento diverso resultaria em acolher a ação rescisória como sucedâneo recursal.

4 – Ação julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação rescisória de nº 453439-19.2000.8.06.0000/0, em que são partes as indicadas.

ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em Câmaras Cíveis Reunidas, à unanimidade de votos, em conhecer da demanda para julgar improcedente o pedido, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO:

Trata-se de ação rescisória proposta por BEZALIEL TEIXEIRA DE CASTRO em face de LUIS FERREIRA DO NASCIMENTO, JOÃO FERREIRA FAUSTINO, ANTÔNIO FERREIRA FAUSTINO (falecido) – sucedido por LUIS FERREIRA FAUSTINO – e GRANJA IMPERADOR LTDA, objetivando desconstituir decisão proferida em ação de reintegração de posse, que teria reconhecido o direito possessório aos autores desta ação.

Afirma o suplicante, em síntese, que a decisão rescindível teria cabimento na forma do previsto no art. 485, V, do CPC, na medida em que teria violado literal disposição de lei, bem como por estar fundada em "erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa", art. 485, IX.

Sustenta ter ocorrido o cerceamento do direito de defesa, uma vez que o "magistrado sentenciante encerrou a prova apenas com a ouvida das testemunhas dos autores da possessória resultando na sentença rescindenda".

Tal conduta, teria supostamente maculado o art. 5º, LIV e LV, da Carta Magna, e o art. 332, do Código Processual Civil, o que torna adequada a presente irresignação.

Noutro giro, afirma estar evidenciado o erro de fato, fundamentado no art. 485, IX, do CPC, diante da manifesta ilegitimidade passiva do requerido naquela demanda, ora autor, face à evidente comprovação da propriedade do terreno pela pessoa jurídica CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA BETEL LTDA.

Salienta, ainda, a ocorrência de prejuízo ante o erro na apreciação da prova pericial, que teria confirmado a propriedade do terreno em nome da construtora supramencionada.

Com a inicial foi acostada toda a documentação pertinente ao exame da rescisória, em destaque: instrumento procuratório (fl. 10), contrato social da construtora retrocitada (fls. 11-12), inicial da reintegração de posse (fls. 13-14), contestação (15-18), matrícula do "Sítio Pratiús" expedida pelo Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Cascavel/CE (fl. 19-20), laudos periciais (21-40), sentença (44-48), acórdão

relativo à apelação cível (50-55), exame de admissibilidade do recurso especial negado pela Presidência deste Tribunal (fls. 56-58), além da matrícula do "Sítio Pratiús Velho" constante do Cartório do 2º Ofício de Aquiraz (fl. 61), etc.

Regularmente citados, os réus apresentaram contestação às fls. 85-97, à exceção de ANTÔNIO FERREIRA FAUSTINO, cujo falecimento foi comprovado à fl. 115.

Incidente de impugnação ao valor da causa julgada, em definitivo, às fls. 128-129.

Promovida pelo autor, a citação por edital dos herdeiros do falecido réu, foi apresentado pedido "de reconsideração, com chamamento do feito à ordem ou agravo retido", manifestando a configuração da decadência do prazo de 2 (dois) anos para o ajuizamento da ação rescisória, por não ter promovido, o postulante, a citação de um dos demandados.

O Ministério Público, a seu turno, sustentou a improcedência do pedido, tendo em vista inexistir "qualquer atuação *contra legem*, nem mesmo erro de fato a justificar sua reparação por meio de rescisória."

Intimadas as partes, foram apresentadas as razões finais às fls. 187-192 (ré) e fl. 194 (autora).

Constatado o equívoco quanto à distribuição do feito a um dos membros do Pleno deste Tribunal de Justiça, competindo a análise do feito pelas Câmaras Cíveis Reunidas, foi determinada a redistribuição ao competente órgão, vindo os fólios à minha relatoria.

Nomeado curador especial ao réu citado por edital, houve manifestação às fls. 216-222, pela total improcedência do pedido. Intimada, a parte autora, em resposta, nada apresentou.

Ao final, o órgão ministerial reiterando o posicionamento anterior, pugnou pela improcedência do feito.

As custas processuais foram recolhidas, juntamente com o depósito da multa prévia, nos moldes do art. 488, II, do CPC (fls. 64-65).

É o que importa relatar.

À douta revisão.

VOTO

A ação rescisória, como medida excepcionalíssima que é, tem fundamento de validade justificado pela possibilidade de se desconstituir decisão transitada em julgado, mediante rejulgamento da matéria, acaso procedente o juízo rescindente, nas hipóteses taxativamente previstas no art. 485, do Código de Processo Civil.

Na presente irresignação, pretende o autor invalidar a coisa julgada material com base em dois argumentos: I – violação a literal disposição de lei (inciso V, do art. 485, CPC); II – erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa (Art. 485, IX, CPC).

Quanto ao primeiro ponto, a pretensão rescindente supostamente teria violado o art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal e art. 332 do Código Processual Civil.

Não obstante tenha indicado vários dispositivos malferidos pela sentença e acórdão transitado em julgado, o postulante não logrou êxito em demonstrar caso a caso, como teria ocorrido a violação, limitando-se a indicar genericamente o conjecturado "cerceamento do direito de defesa".

Tal indagação tem íntima relação com a não oitiva das testemunhas de defesa por ocasião da audiência de instrução e julgamento, fato que foi atingido pela preclusão temporal, haja vista a não interposição do competente agravo retido, quando da ultimação da audiência. Por outro lado, considerando ser o magistrado o destinatário da prova, cabe-lhe, também, a valoração de sua produção, conforme estabelecido, de maneira geral, no art. 130 e 131 do CPC, que inclui o indeferimento de diligências protelatórias.

Em casos tais, a parte que requerer produção de provas deverá apresentar argumentos consistentes sobre fato relevante que influenciem o convencimento do juiz e interfiram no julgamento da causa. Lição doutrinária esclarece melhor tal situação:

> "O que o sistema não admite, em hipótese alguma, sob pena de cerceamento de defesa, é que o juiz decida a lide antecipadamente em desfavor da parte que requereu e especificou a necessidade de realização de determinada prova, objetivando demonstrar fato relevante que mudaria o curso do julgamento, salvo se os argumentos do postulante não encontrarem ressonância no contexto dos autos".
> (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 4, tomo II, coord. Ovídio A. Baptista da Silva. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 488). Grifei.

Importante salientar, ademais, que a matéria sequer foi objeto de impugnação quando da publicação da sentença, tampouco foi apreciada em sede de recurso apelatório, como se denota do acórdão colacionado às fls. 50-55.

Ora, se o conteúdo que se quer rescindir, com base em violação literal a dispositivo de lei, não foi levantado pelo autor por ocasião do processo de conhecimento, ou como medida recursal, descabe aqui, em sede de juízo rescindente, acolher tal pretensão.

Nessa esteira, a violação literal de dispositivo de lei há que ser irrefutável, sob pena de inviabilidade da ação rescisória, por evidente intuito de rediscussão de fatos

e provas. Sobre o tema, o STJ tem jurisprudência pacífica a respeito:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TRANSFORMAÇÃO DE TAXISTAS AUXILIARES EM PERMISSIONÁRIOS AUTÔNOMOS. LEI MUNICIPAL 3.123/00. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. REEXAME DE PROVAS APRECIADAS NA AÇÃO MANDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.
> (…) 3. A violação de literal disposição de lei que autoriza o ajuizamento de ação rescisória é aquela que enseja flagrante transgressão do "direito em tese", porquanto essa medida excepcional não se presta simplesmente para corrigir eventual injustiça do *decisum* rescindendo, sequer para abrir nova instância recursal, visando o reexame das provas. Com efeito, "na interpretação do art. 485, V, do Código de Processo Civil, que prevê a rescisão de sentença que 'violar literal disposição de lei', a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento segundo o qual não constitui violação literal da lei, para esse efeito, a que decorre de sua interpretação razoável, de um de seus sentidos possíveis, se mais de um for admitido. A ofensa, portanto, tem de ser especialmente qualificada (...). Ora, se é certo que '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 343/STF), com maior razão não é ela cabível quando há perfeita harmonia entre a decisão rescindenda e a jurisprudência pacificada do Tribunal" (AR 4.071/CE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 18/5/09).(...)(AR 3.991/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 06/08/2012). Grifei.

No tocante ao item II inicialmente apontado, entendeu o suplicante pela existência de erro de fato, fundamentando-se no desacolhimento da postulada ilegitimidade da parte, além da má apreciação do que restou elucidado quando da perícia técnica.

O erro de fato, está previsto no art. 485, IX, §1º e §2º, da Lei Adjetiva Civil, nos seguintes termos:

> Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
> (…)
> IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.
>
> §1º. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.
>
> §2º. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Ao contrário do que afirma o requerente, o magistrado, em primeiro grau, apreciou sobejamente os laudos periciais, o que restou ratificado quando do provimento final, pelo que se concluiu expressamente que "a prova pericial atestou que o multifalado "Riacho da Caponga" é o divisor das terras dos litigantes e, mais ainda, que os aa. moram na área requerida há mais de cinquenta anos".

O julgamento da apelação, do mesmo modo, confirmou os termos da sentença, afastando o deferimento dos quesitos suplementares propostos, por configurar nítido propósito protelatório.

Verifica-se, pois, quanto a este aspecto, não haver autorização legal para o acolhimento do erro de fato formulado pelo autor, pois que a matéria foi amplamente debatida até o trânsito em julgado, o que revela a incompatibilidade com a exigência legal plasmada nos parágrafos primeiro e segundo do art. 485, acima referidos. Assim, "não se pode confundir falta de apreciação da prova (permite a rescisão) com má apreciação da prova". (Lições de Direito Processual Civil, vol. 2. Alexandre Freitas Câmara. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 26).

O mesmo se diga, outrossim, em relação à objurgada ilegitimidade da parte, tendo em vista a alegativa do autor quanto ao erro do órgão julgador por não considerar que a ação da reintegração de posse deveria ter sido intentada contra a CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA BETEL LTDA, e não em desfavor de seu representante legal.

Entretanto, através do despacho saneador, confirmado pela sentença, o magistrado rejeitou a hipótese, por considerar que "os atos acoimados de 'esbulho' foram praticados pelo réu sem qualquer ressalva de que os fazia na qualidade de representante legal da mencionada empresa construtora". Tal entendimento, inclusive, foi ventilado no julgamento do recurso de apelação, sendo prontamente rejeitada a preliminar.

Sobre o erro de fato, e em consonância com essa posição (grifei), confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> AÇÃO RESCISÓRIA. SINDICATO. DESMEMBRAMENTO. ALEGADA AFRONTA LITERAL AOS ARTS. 102, III, A, 5º, LIV E LV E 8º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. ERRO MATERIAL NÃO CONFIGURADO. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA APRECIAR QUESTÃO REFERENTE À UNICIDADE SINDICAL. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. DESMEMBRAMENTO PARA CRIAÇÃO DE SINDICATO DE CATEGORIA ESPECÍFICA. LEGITIMIDADE. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO SINDICATO PRÉ-EXISTENTE.
> (...)
> 3. O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que o erro de fato se configura quando o julgado que se pretende rescindir

> considera fato inexistente ou reputa inexistente fato efetivamente ocorrido, desde que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre esse fato.
> 4. Desta feita, a ação rescisória é via processual idônea para desconstituir julgado com base no referido dispositivo apenas quando o erro de fato decorre de falha na percepção do julgador no pertinente às provas constantes dos autos originários, porém não quando o julgador emite juízo de valor quanto à controvérsia, dando equivocada interpretação a determinada prova. Sendo assim, a interpretação equivocada, ou o *error in judicando*, não se insere nas hipóteses de rescisão de julgado previstas no art. 485 do CPC, por não ser a ação rescisória sucedânea de recurso. Para corrigir a interpretação errônea dos fatos, o litigante dispõe dos recursos previstos na legislação cuja interposição ocorre antes do trânsito em julgado da sentença. (…) (AR 2.311/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 18/11/2010).
>
> AÇÃO RESCISÓRIA – PROCESSUAL CIVIL – FGTS – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS PROGRESSIVOS – SÚMULA 154/STJ – OPÇÃO RETROATIVA – LEI N. 5.958/73 – ERRO DE FATO – INEXISTENTE.
> (*omissis*)
> 2. Não foi especificado na petição inicial em qual erro – de fato – incidiu o julgado rescindido, tendo apenas sido afirmado que foi desconsiderada a prova dos autos relativa à data de opção da autora pelo FGTS.
> 3. Segundo dicção do art. 485, IX e §§ 1º e 2º do CPC, o erro de fato, que ensejou à rescindibilidade do julgado, ocorre quando este admite um fato inexistente ou, na hipótese de considerar inexistente um fato ocorrido. Em qualquer situação, não pode ter havido pronunciamento no julgado rescindendo sobre o fato objeto de erro. Precedente: REsp 839499/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 20.9.2007 p. 234.
> (*omissis*)
> Ação rescisória improcedente.(AR 2.168/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 23/03/2009).

Nesse sentido, não se pode acolher as alegações do autor, sob pena de se utilizar da ação rescisória como sucedâneo recursal.

Do quanto exposto, julgo improcedente o pedido, para condenar o autor nas custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados estes em 10% sobre o valor da causa, além da perda do valor do depósito prévio da multa em favor dos requeridos.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 26 de novembro de 2013

PROCESSO Nº 454418-78.2000.8.06.0000/0.
AÇÃO RESCISÓRIA.
AUTOR: MUNICÍPIO DE FORTALEZA.
RÉUS: EDISON BORGES DOS SANTOS E DJANIRA MARTINS BORGES.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. USUCAPIÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA. DEMANDA ORIGINÁRIA JULGADA PROCEDENTE. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZ *A QUO* E VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (ART. 485, II E V, CPC). INOCORRÊNCIA. RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

1. O Município de Fortaleza propôs ação rescisória com esteio no art. 485, II e V, CPC, sob o argumento de que o *decisum* rescindendo fora prolatado por juiz absolutamente incompetente e contrário a literal disposição de lei, no caso, o art. 183, §3º, da Constituição Federal, segundo o qual os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

2. O juízo de primeiro grau reconheceu em favor dos ora réus o direito à posse e ao domínio do bem, tendo em vista que não houve, à época, qualquer oposição por parte da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza, o qual, embora intimado para manifestar interesse na causa, quedou-se inerte durante todo o trâmite processual, mesmo após a publicação de edital de citação, conforme o próprio ente admitiu na peça inicial.

3. A competência para processar e julgar ação de usucapião é dos juízes das Varas Cíveis. Assim, porventura o Município Fortaleza, naquele feito, lograsse comprovar que o bem imóvel em comento era efetivamente público, pertencente à municipalidade, o magistrado *a quo*, por certo, julgaria improcedente o pedido aforado, não havendo falar em declínio da competência para um dos juízes das varas da Fazenda Pública.

4. Apresenta-se manifestamente improcedente o argumento de literal violação de perceptivo legal (art.485, V, do

CPC), porquanto inexiste na decisão rescindenda qualquer interpretação sobre o dispositivo tido como literalmente violado (art.183, § 3º, da CF), haja vista não ter o judicante de instância inferior ciência de que o imóvel objeto da ação de usucapião poderia tratar-se de bem público, considerando-se que o ente político autor jamais ingressou no processo para alegar tal situação. Desse modo, o julgador atendeu aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, decidindo a lide nos limites em que foi proposta (arts. 128 e 131 do CPC). Precedentes do STJ e dos TRFs da 2ª e da 5ª Regiões.

5. Por conseguinte, eventual acolhimento do pleito rescisório importaria flagrante infringência aos princípios da segurança jurídica e da adstrição do juiz à causa, consoante os arts. 2º, 125, I, 165, 458, III, e 460 do CPC, acarretando, pois, sua nulidade absoluta.

6. Ação rescisória julgada improcedente. Sucumbência do ente público arbitrada em R$ 3.000,00 (três mil reais), com base no art. 20, § 4º, do CPC, a serem divididos igualmente entre os patronos dos réus.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 30 de abril de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação rescisória ajuizada pelo Município de Fortaleza contra Edison Borges dos Santos e Djanira Martins Borges, com o fito de desconstituir sentença prolatada em ação de usucapião (Processo nº 95.02.35.659-4) originária da 9ª Vara Cível desta Comarca, a qual foi julgada procedente em favor dos ora réus (fl. 12).

Alega o ente público (fls. 02-10) que possui domínio sobre parte do imóvel usucapido pelos promovidos, devendo ser rescindida a decisão de primeiro grau, porquanto o art. 183, §3º, da Constituição Federal, impede a aquisição de bem público por usucapião. Sustenta, ademais, a incompetência absoluta do magistrado *a quo* para

processar e julgar o feito, o qual deveria tramitar perante uma das Varas da Fazenda Pública. Relata que, à época do pedido, o Município não pôde manifestar seu interesse em tempo hábil.

Assim, propõe esta demanda com fundamento nos incisos II (sentença proferida por juiz absolutamente incompetente) e V (violação de literal disposição de lei) do art. 485 do CPC. Por último, pugna pelo deferimento de tutela antecipada, para que seja determinada ao Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona a averbação da propositura desta demanda na matrícula do imóvel.

Juntou os documentos de fls. 11-47.

Regularmente citados, os réus apresentaram contestação (fls. 63-65), ressaltando que a área ocupada pelo imóvel reclamado pelo Município de Fortaleza não coincide com a extensão da propriedade usucapida. Outrossim, informam a alienação do objeto da demanda ao Sr. Irisvan Feitosa Trigueiro, consoante se observa da certidão de matrícula constante à fl. 67.

Às fls. 71-72, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela realização de diligência na forma de perícia técnica.

Ocorrida a morte do então proprietário do imóvel em liça, conforme atestam os documentos de fls. 96 e 97, requereu o Município o prazo de 30 (trinta) dias para localizar os sucessores do falecido (fls. 101-102).

Novo pronunciamento do *Parquet* (fls. 110-112), renovando o pedido de perícia na propriedade.

Às fls. 123-124, o então Relator, Desembargador Ernani Barreira Porto, concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para que se averbasse à matrícula do imóvel a existência da presente ação.

Redistribuídos e conclusos os autos à minha relatoria, determinei a intimação do órgão de representação judicial do Município em apreço, para indicar os sucessores do Sr. Irisvan Feitosa Trigueiro, sob pena de extinção do feito (fls. 136-137).

Às fls. 141-142, o autor solicitou a citação do Sr. Vicente Trigueiro dos Santos, irmão do extinto proprietário do imóvel, o que foi realizado, conforme a certidão de fl. 150v.

Ordem de citação por edital à fl. 153.

Às fls. 157-158, o então inventariante afirma haver sido afastado de tal mister, devido à habilitação da herdeira necessária do *de cujus*, a Srª. Shelka Nappi Trigueiro, como se vê da certidão de fl. 179. Devidamente citada (fl. 187 e 187v), a inventariante restou silente (fl. 188).

Em despacho de fl. 189, ordenei que as partes especificassem eventuais provas a produzir, sem que, no entanto, nada tenha sido requerido nesse sentido (fl. 191).

É o relatório.

VOTO

Conheço da presente ação originária, atendidos os requisitos dos arts. 487, I, e 488, I, CPC (legitimidade e cumulação ao pedido rescisório de novo julgamento da causa), isenta a Fazenda Pública do recolhimento do percentual de 5% (cinco por cento) disposto no art. 488, II, CPC (parágrafo único do art. 488, CPC), bem como proposta em **21.03.2000** (fl. 2), portanto, no biênio legal (art. 495, CPC), uma vez que a decisão rescindenda transitou em julgado em **24.03.1998** (fl. 13).

Intenta o Município de Fortaleza, pela via rescisória, desconstituir a sentença de fl. 12, proferida pelo magistrado da 9ª Vara Cível desta Comarca, por ocasião do julgamento do Processo nº 95.02.35.659-4 (ação de usucapião), para que outra seja exarada, desta feita julgando-se improcedente a demanda.

No caso em tablado, o ente público propôs a presente ação, com fundamento no art. 485, II e V, CPC, conforme alega, pelo fato de o *decisum* rescindendo haver sido prolatado por juiz absolutamente incompetente e contrariar literal disposição de lei, no caso, o art. 183, §3º, da Constituição Federal, segundo o qual os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Verifica-se que o juízo de primeiro grau reconheceu em favor dos ora réus o direito à posse e ao domínio do bem, tendo em vista que não houve, à época, qualquer oposição por parte da União (fl. 22), do Estado do Ceará (fl. 23) e do Município de Fortaleza, o qual, embora intimado para manifestar interesse na causa (fl. 20), quedou-se inerte durante todo o trâmite processual, mesmo após a publicação de edital de citação (fl. 24), conforme confessa à fl. 03 da peça inicial.

Impende destacar que a competência para processar e julgar ação de usucapião é dos juízes das Varas Cíveis. Assim, porventura o Município, naquele feito, lograsse comprovar que o bem em comento era efetivamente público, pertencente ao domínio da municipalidade, o magistrado *a quo*, por certo, julgaria improcedente a referida demanda, não havendo falar em declínio da competência para um dos juízes das Varas da Fazenda Pública.

Igualmente, quanto à suposta violação a dispositivo legal, cumpre asseverar que a decisão rescindenda sequer menciona o art. 183, §3º, da Magna Carta, haja vista não ter o julgador de inferior instância ciência de que o imóvel objeto da ação usucapião poderia tratar-se de bem público, considerando-se que o autor jamais ingressou naquele processo para alegar tal situação. Desse modo, o juiz atendeu aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, decidindo a lide nos limites em que foi proposta, nos termos dos arts. 128 e 131 do CPC.

Nesse contexto, vale salientar, no que tange à ação rescisória, ser assente na

jurisprudência que "a violação de disposição de lei pode se dar quando o Tribunal aplica determinada norma à hipótese em que ela não incidiria, bem como quando se recusa a aplicá-la, quando cabível." (STJ, **AR 3.682/RN**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 2ª Seção, julgado em 28/09/2011, DJe 19/10/2011).

Destarte, a súplica em análise não merece qualquer amparo por parte do Poder Judiciário, porque, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, "o alvo de impugnação da ação rescisória é a decisão judicial transitada em julgado, que passa a ser denominada como decisão rescindenda [...], **a impugnação deduzida na ação rescisória deve ter correlação lógica ao menos em parte com o teor da decisão rescindenda, sob pena de se formular pedido juridicamente impossível**". (**AgRg na AR 3328/MA**, Rel. Ministro Humberto Martins, 1ª Seção, julgado em 09/12/2009, DJe 18/12/2009, destaquei).

Com idêntica orientação, cito, ainda, os seguintes arestos:

> [...] **Não se admite ação rescisória em face de verdadeiro descontentamento da parte com a solução jurídica atribuída à pretensão deduzida e tentativa de converter a ação em "recurso".** 4. A presunção de veracidade prevista pelo art. 319 da Lei Adjetiva Civil não é absoluta. 5. Recurso improvido. (STJ. **REsp 974.219/MG.** Relator Ministro Massami Uyeda. 3ª Turma. Julgado em 28/02/2012. DJe 16/04/2012. Sem grifos no original)

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANEJO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. DESCABIMENTO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI.** REVOLVIMENTO DO MATERIAL PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. INVIABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO 1. **É vedado o manejo da ação rescisória para substituir providência que deveria ter sido adotada no curso do processo rescindendo.** 2. **O cabimento da ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil pressupõe que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da causa, tenha violado sua literalidade, seu sentido, seu propósito.** […] 7. Agravo regimental desprovido. (STJ. **AgRg no REsp 1184670/RS**. Relatora Ministra Laurita Vaz. 5ª Turma. Julgado em 18/05/2010. DJe 14/06/2010. Original sem grifos)

> PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. RURÍCOLA. VIOLAÇÃO DO ART. 485, INCISOS V E VI, DO CPC. REVELIA. ART. 319 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PEDIDO IMPROCEDENTE. [...] 3. **Não tendo a questão sobre a qualidade de segurada sido objeto de análise do acórdão rescindendo, a matéria não pode ser discutida em ação rescisória**, uma vez que o STJ limitou-se a decidir acerca do termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez.

4. O relatório apresentado pelos auditores fiscais da Previdência, per se, não traz a carga probante necessária a ilidir o conjunto probatório confirmado nas instâncias ordinárias, sobre o qual o manto da coisa julgada já operou o seu efeito. 5. Ação julgada improcedente. (STJ. **AR 3.341/SP**. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. 3ª Seção. Julgado em 14/12/2009. DJe 01/02/2010. Sem grifos no orginal)

[...] AÇÃO RESCISÓRIA. QUESTÃO QUE NÃO SE CONSTITUIU EM OBJETO DA DECISÃO RESCINDENDA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA. 1. **A questão relativa à violação do princípio** federativo, no que se refere à iniciativa de leis que cuidem da remuneração dos servidores públicos estaduais, contidas nos artigos 22, inciso I, 25, 37, inciso XIII, 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal e 54, inciso VII, da Constituição do Estado do Piauí, **não foi apreciada no *decisum* rescindendo, apresentando-se manifestamente improcedente a presente ação rescisória pelo permissivo legal do inciso V (violar literal disposição de lei), eis que ausente no *decisum* qualquer interpretação acerca dos dispositivos tidos como literalmente violados.** [...] (STJ. **AgRg no REsp 1.037.447/PI.** Relator Ministro Hamilton Carvalhido. 6ª Turma. Julgado em 19/06/2008. DJe 01/09/2008. Destaques)

[...] AÇÃO RESCISÓRIA. [...] ARGUIÇÃO INOPORTUNA. TEMA NÃO APRECIADO PELA DECISÃO RESCINDENDA. SÚMULA 515/STF. INCIDÊNCIA. OFENSA LITERAL DE LEI (ART. 485, V). INOCORRÊNCIA. [...] IV - Cumpre destacar que não cabe ação rescisória para desconstituir julgados, se a matéria é diversa da que foi suscitada no pedido da Rescisória, incidindo, à espécie, o verbete da Súmula 515/STF. [...] VII - Ação rescisória improcedente. (STJ. **AR 2.837/SP.** Relator Ministro Gilson Dipp. 3ª Seção. Julgado em 28/06/2006. DJ 21/08/2006, p. 226)

ADMINISTRATIVO. **AÇÃO RESCISÓRIA. USUCAPIÃO.** ERRO DE FATO. ART.485, IX DO CPC. CONTROVÉRSIA. SEM COMPROVAÇÃO DE POSSE MANSA E PACÍFICA. DOCUMENTO NOVO É AQUELE QUE EXISTA À ÉPOCA DA DECISÃO RESCINDENDA. **APLICAÇÃO DO ART. 14 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. NÃO FOI OBJETO DA AÇÃO ORIGINÁRIA.** Trata-se de ação rescisória, com fulcro no art.485, 485, III, V, VII e IX do CPC , objetivando desconstituir sentença prolatada, que julgou improcedente o pedido nos autos da ação de usucapião, proposta em face de TRINDADE DESENVOLVIMENTO TERRITORIAL S/A, objetivando a declaração da posse vintenária para efeito de reconhecimento da propriedade e transcrição do registro de imóveis de bem localizado na comunidade de Trindade, 2º Distrito de Paraty. […] -**Igualmente não merece acolhimento o pedido de rescisão do julgado com fundamento na violação a literal disposição de lei, já que para que se verifique tal hipótese mister que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma, tenha violado o seu sentido, ou propósito. Deste modo, sendo certo que a aplicabilidade do artigo 14 sequer foi objeto de discussão no processo originário, não se verifica a hipótese prevista no artigo 485, V, do Código de Processo Civil.** -Rescisória julgada improcedente. (TRF 2ª

Região. **AR 200702010026309**. Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund. 8ª Turma Especializada. Data da Decisão: 28/09/2010. E-DJF2R – Data de Publicação: 13/10/2010 – Página: 337/338. Original sem grifos)

AÇÃO RESCISÓRIA. REFSA. **USUCAPIÃO. TERRAS PÚBLICAS**. IMÓVEL CLASSIFICADO COMO ALODIAL. **AUSÊNCIA DE PROVAS DE PROPRIEDADE OU DE POSSE. JUÍZO ESTADUAL. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE. REGULAR PROCESSAMENTO DA AÇÃO DE USUCAPIÃO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVA DE LEI. INEXISTÊNCIA.** IMÓVEL RESIDENCIAL. POSSE MANSA E PACÍFICA. **SEGURANÇA JURÍDICA. RESCISÓRIA IMPROCEDENTE**. 1. Ação rescisória promovida pela Rede Ferroviária Federal-REFSA contra a sentença que julgou procedente ação de usucapião, consolidando propriedade a particular de imóvel residencial de suposta titularidade da autora 2. A argumentação utilizada para justificar a rescisão da sentença parte do pressuposto de que houve vício na citação editalícia, levada a feito na ação de usucapião, impedindo a REFSA de vir a juízo em defesa de sua posse. Acrescenta ainda, que o imóvel objeto do litígio se trata de bem público e, portanto, não estaria sujeito a usucapião. 3. **Não se poderia exigir do juiz estadual, prolator da sentença que consolidou a propriedade em nome do particular, que determinasse a citação da REFSA, pois, em nenhum lugar consta referência a esta pessoa jurídica. 4. Citados os confinantes, estes não apresentaram contestação; e, intimados os representantes da Fazenda Pública da União, Estadual, Municipal, estes afirmaram que não havia interesse sobre o bem**, tendo inclusive o Procurador Chefe da União em Alagoas afirmado que o terreno objeto da ação é conceituado como alodial. 5. Observada a certidão de registro imobiliário acostada à fl. 326 (vol.2), em que consta o Sr. João Wellington Bezerra Lins e sua esposa Maria Gilvânia da Silva Lins como proprietários do imóvel questionado, tem-se a seguinte referência: REGISTRO ANTERIOR: Posse Mansa e pacífica 6. **Não há menção de ato notarial em nome da REFSA, nem mesmo de situação fática que leve a crer a titularidade do imóvel desta, de modo que inexiste vício na sentença que consolidou a propriedade imobiliária ao réu, tendo se observados todos os procedimentos previstos nos artigos 941 e seguintes do CPC para fins de reconhecimento da usucapião.** 7. Imóvel residencial, em área de 291 m2, cuja edificação tem apenas 78,87 m2, sendo a propriedade consolidada através de reconhecimento de usucapião extraordinário desde 16 de julho de 2001, ou seja, desde esta data, houve pronunciamento judicial reconhecendo a posse mansa e pacífica por mais de 20 anos. **Considerando que o presente julgamento está sendo realizado em 2010, esta posse conta com quase 30 anos, merecendo ainda ser resguardada em nome do que consta nos autos e da segurança jurídica.** 8. Inexistência de violação a literal dispositivo de lei. Ação rescisória improcedente. (TRF 5ª Região. **AR 200605990003302**. Pleno. Relator Desembargador Federal Paulo Gadelha. Data da Decisão: 16/06/2010. Data da Publicação: 25/06/2010. DJE – Data de Publicação: 25/06/2010 – Página: 12. Sem grifos no original)

Por conseguinte, eventual acolhimento do pleito rescisório importaria flagrante infringência aos princípios da segurança jurídica e da adstrição do juiz à causa, consoante os arts. 2º, 125, I, 165, 458, III, e 460 do CPC[1], acarretando, pois, sua nulidade absoluta.

Nessa linha de raciocínio, segue lição de Pontes de Miranda:

> Na ação rescisória há julgamento de julgamento. É, pois, processo sobre outro processo. Nela, e por ela, não se examina o direito de alguém, mas a sentença passada em julgado, a prestação jurisdicional, não apenas apresentada (seria recurso), mas já entregue. É remédio jurídico processual autônomo. O seu objeto é a própria sentença rescindenda - porque ataca a coisa julgada formal de tal sentença: *a sententia lata et data*.
> (cf. Tratado da ação rescisória, 2ª ed., São Paulo: Bookseller, 2003, p.141-142)

Sob tais fundamentos, **julgo improcedente** a presente ação.

Em face da sucumbência, condeno o autor ao pagamento de verba honorária, que ora arbitro em R$ 3.000,00 (três mil reais), com base no art. 20, § 4º, do CPC, a serem divididos igualmente entre os patronos de Edison Borges dos Santos e Djanira Martins Borges e de Vicente Vicente Trigueiro dos Santos, terceiro interessado que se manifestou nos autos.

É como voto.

1 **CPC, Art. 2º.** Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: **I** – assegurar às partes igualdade de tratamento; […]

Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no artigo 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: [...] **III** – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

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.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

PROCESSO Nº 0000029-23.2014.8.06.0000 – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
COMARCA: FORTALEZA
REQUERENTE: PARTIDO DA REPÚBLICA – PR (COMISSÃO PROVISÓRIA DO ESTADO DO CEARÁ) E PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT (DIRETÓRIO DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA)
REQUERIDO: PREFEITO MUNICIPAL DE FORTALEZA E CÂMARA MUNICIPAL DE FORTALEZA
ÓRGÃO JULGADOR: ÓRGÃO ESPECIALIDADE
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. INDEFERIMENTO.

I – O Tribunal de Justiça não tem competência para exercer o controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo municipal impugnado em face da Constituição Federal.

II – Ausência de relevância jurídica do fundamento que afirma violação dos arts. 26 e 154, da Constituição do Estado do Ceará, pelos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e Anexo Único da Lei Complementar nº 155/2013 do Município de Fortaleza.

III – Não conhecimento do pedido de medida cautelar, quanto à suposta ofensa a preceitos da Constituição Federal.

IV – Indeferimento do pleito cautelar, relativamente à pretensa violação a dispositivos da Constituição do Estado do Ceará.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, em que figuram os requerentes e requeridos acima indicados, acorda o ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade, em NÃO CONHECER DO PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR, relativamente à pretensa violação dos arts. 145, § 1º, e 150, II e IV, da Constituição Federal pelos dispositivos legais impugnados e INDEFERI-LA, quanto ao fundamento de suposta ofensa à Constituição Estadual, nos termos do voto do relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de Medida Cautelar, proposta pelo Partido da República – PR (Comissão Provisória de Fortaleza e Comissão Provisória do Estado do Ceará) e pelo Partido dos Trabalhadores – PT (Diretório do Município de Fortaleza), postulando a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e Anexo Único da Lei Complementar nº 155/2013 do Município de Fortaleza.

Nas razões do pedido formulado na inicial, os requerentes afirmam: *"exatamente porque o valor venal do imóvel espelha a capacidade contributiva do proprietário do imóvel (residência, comercial ou terreno), a tributação mais onerosa do imóvel residencial, além de violar o princípio da igualdade, ofende o princípio da capacidade contributiva, passando a conferir ao imposto o efeito confiscatório"*. Assinalam ainda que a elevação abrupta do valor venal do imóvel viola o princípio da capacidade contributiva e, por fim, que a *"Lei Complementar Municipal nº 155/2013 viola flagrantemente diversos dispositivos e princípios constitucionais que o Município está obrigado a observar, conforme explicitado acima (Arts. 145, § 1º, 150, II e IV, todos da Constituição Federal, c/c art. 26 da Carta Estadual"*.

Postulam a concessão de medida cautelar, visando a *"imediata suspensão da eficácia e aplicação da Lei Complementar n 155/2013, relativamente aos dispositivos impugnados, inclusive com a determinação de não emissão de boletos de pagamentos aos contribuintes, suspendendo ainda quaisquer atos de cobrança administrativa do IPTU de 2014, com os aumentos decorrentes da lei ora questionada"* e, ao final, que *"seja a presente ação julgada integralmente procedente, sendo em consequência declarada em definitivo a inconstitucionalidade dos artigos 1º, 2º, 3º e 4º e seu anexo único, da Lei nº 155/2013, por violação aos artigos 145, § 1º, 150, II, IV, da Constituição Federal e ainda ao Art. 26 da Constituição Estadual"*.

É, no essencial, o que havia a relatar.

Fundamento e decido.

Faço consignar, inicialmente, que o Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça autoriza expressamente o relator da ação direta de inconstitucionalidade a submeter o pedido de medida liminar ao Órgão Especial, antes das informações da autoridade e da casa legislativa das quais tenha emanado o ato normativo impugnado, independentemente de inclusão em pauta, *verbis:*

> Art. 66.
>
> **§ 1º. Independerá de inclusão em pauta o julgamento** de habeas corpus, conflitos de competência e de atribuições, pedidos de desaforamento

> do julgamento do Tribunal do Júri, embargos de declaração, agravos regimentais, exceções de suspeição e de impedimento, agravos contra despachos do Relator denegatório de embargos, habilitações incidentes e reclamação, além **de outros feitos, postos em mesa pelo Relator.**
>
> Art. 112.
>
> **§ 1º. Se houver pedido de liminar, o Relator poderá submetê-lo ao Órgão Especial antes de solicitar as informações.**

Submeto, pois, a este colegiado o pedido de medida cautelar formulado pelos requerentes, mediante as razões de decidir adiante expostas.

Eis o teor do ato normativo impugnado na presente ação direta de inconstitucionalidade, tal como publicado no Diário Oficial do Município em 20 de dezembro de 2013:

> LEI COMPLEMENTAR N° 155, de 13 de dezembro de 2013.
>
> Altera a Lei n° 8.703/2003, que dispõe acerca do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) e dá outras providências.
>
> FAÇO SABER QUE A CÂMARA MUNICIPAL DE FORTALEZA APROVOU E EU SANCIONO A SEGUINTE LEI:
>
> **Art. 1º - Para fins de cálculo do valor venal do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), a partir do exercício de 2014, os valores dos Anexos I e II da Lei n° 8.703, de 30 de abril de 2003, com as alterações posteriores, inclusive as operadas pela Lei Complementar n° 73, de 28 de dezembro de 2009, devidamente atualizados monetariamente, ficam reajustados nos seguintes percentuais:**
>
> **I — para os imóveis residenciais:**
>
> **a) 15% (quinze por cento), para imóveis com valor venal de até R$ 58.500,00 (cinquenta e oito mil, quinhentos reais).**
>
> **b) 20% (vinte por cento), para imóveis com valor venal de R$ 58.500,01 (cinquenta e oito mil, quinhentos reais e um centavo) até R$ 210.600,00 (duzentos e dez mil, seiscentos reais).**
>
> **c) 35% (trinta e cinco por cento), para imóveis com valor venal superior a R$ 210.600,00 (duzentos e dez mil, seiscentos reais).**
>
> **II — para os imóveis não residenciais e terrenos, o reajuste será de 35% (trinta e cinco por cento).**

Parágrafo Único - Os valores monetários constantes dos Anexos I e II da Lei n° 8.703, de 30 de abril de 2003, além dos reajustes previstos na Lei Complementar n° 73, de 28 de dezembro de 2009, e nesta Lei, serão atualizados anualmente pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou outro que venha a substituí-lo.

Art. 2º - No cálculo do valor venal das unidades imobiliárias residenciais localizadas em prédios, com elevador, será considerado o fator de verticalização, devendo o montante apurado na forma da Lei n° 8.703, de 30 de abril de 2003, ser acrescido de 0,5% (meio por cento) por andar, a partir do segundo andar.

Parágrafo Único - No cálculo do valor venal das unidades imobiliárias residenciais localizadas em prédios, sem elevador, o fator de verticalização incidirá de modo que o montante apurado na forma da Lei n° 8.703, de 30 de abril de 2003, será reduzido em 0,5% (meio por cento) por andar, a partir do segundo andar.

Art. 3º - O fator de depreciação previsto no Anexo IV da Lei n° 8.703, de 30 de abril de 2003, passa a vigorar com base na tabela constante do Anexo Único desta Lei.

Art. 4º - É isento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) o imóvel cujo valor venal seja igual ou inferior a R$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) utilizado exclusivamente para residência do contribuinte, e desde que ele não possua outro imóvel no Município.

Art. 5º - O sujeito passivo do IPTU poderá apresentar reclamação contra o crédito tributário regularmente constituído, no prazo de até 30 (trinta) dias, contados do primeiro vencimento da cota única, mediante petição fundamentada, instruída com as provas cabíveis.

Art. 6º - Quando da interposição de reclamações e recursos pelos contribuintes na forma do artigo anterior, ficam assegurados aos contribuintes recorrentes os mesmos descontos e parcelamentos que são concedidos aos demais contribuintes.

Art. 7º - Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

PAÇO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA, em 13 de dezembro de 2013.

Roberto Cláudio Rodrigues Bezerra - PREFEITO MUNICIPAL DE FORTALEZA.

ANEXO ÚNICO, A QUE SE REFERE O ART. 3º DA LEI COMPLEMENTAR N° 0072/2013.

FATOR DE DEPRECIAÇÃO (FD)

FAIXA EM ANOS	DEPRECIAÇÃO(%)	FATOR DE DEPRECIAÇÃO(FD)
Menor ou igual a 5 00		1,00
Maior que 5 e menor ou igual a 10	05	0,95
Maior que 10 e menor ou igual a 15	10	0,90
Maior que 15 e menor ou igual a 20	15	0,85
Maior que 20 e menor ou igual a 25	20	0,80
Maior que 25 e menor ou igual a 30	25	0,75
Maior que 30 e menor ou igual a 35	30	0,70
Maior que 35 e menor ou igual a 40	35	0,65
Maior que 40 e menor ou igual a 45	40	0,60
Maior que 45 e menor ou igual a 50	45	0,55
Acima de 50	50	0,50

A petição inicial assevera que a Lei Complementar nº 155/2013 viola os arts. 145, § 1º, e 150, II e IV, além do princípio da moralidade positivado no art. 37, *caput*, todos da Constituição Federal.

Ei-los:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> Art. 145. A União, os Estados e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
> § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a **capacidade econômica do contribuinte**, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.
>
> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, **é vedado** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e **aos Municípios**:
> II - **instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente**, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;
> IV - **utilizar tributo com efeito de confisco**;

Invoca-se na ação direta ora em análise a inconstitucionalidade material aos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e do Anexo Único da Lei Complementar nº 155/2013, por suposta violação às citadas normas da Constituição Federal.

É de rigor ter presente, todavia, que o sistema de controle abstrato de constitucionalidade dos atos normativos do poder público positivado na Constituição Federal, por via de ação direta, atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência exclusiva para processar e julgar *"a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual"* (CF - art.102, I, "a") e aos Estados a competência legislativa para instituir *"a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual"* (CF – art. 125, § 2º).

Em estrita observância ao modelo assim definido na Constituição Federal, a Constituição do Estado do Ceará dispõe:

> Art. 108. Compete ao Tribunal de Justiça:
> **VII – processar e julgar, originariamente:**
> **f) as ações diretas de inconstitucionalidad**e, nos termos do art. 128 desta Constituição;
>
> **Art. 128**. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, os Tribunais poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, incidentalmente ou em ação direta.

Instado a se manifestar sobre o sentido e o alcance do sistema de controle abstrato de constitucionalidade positivado na Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal sedimentou jurisprudência segundo a qual, em sede de ação direta, é de sua competência exclusiva o julgamento das ações declaratórias de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal contestado em face da Constituição Federal, como é da competência exclusiva do Tribunal de Justiça o julgamento das ações declaratórias de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado em face da Constituição Estadual, *verbis:*

> EMENTA: RECLAMAÇÃO. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL** EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. AJUIZAMENTO PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. LEI MUNICIPAL. Inconstitucionalidade por ofensa à Constituição Federal. Arguição "in abstrato", por meio de ação direta, perante Tribunal de Justiça.
> **O nosso sistema constitucional não admite o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal; nem mesmo perante o Supremo Tribunal Federal que tem, como competência precípua, a sua guarda, art. 102.**
> **O único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite é o difuso, exercido "incidenter tantum", por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto.**
> Hipótese excepcional de controle concentrado de lei municipal. Alegação

de ofensa à norma constitucional estadual que reproduz dispositivo constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados. Competência do Tribunal de Justiça estadual, com possibilidade de recurso extraordinário para o STF. Precedentes RCL 383-SP e REMC 161.390-AL. Reclamação julgada procedente para cassar a decisão cautelar do Tribunal de Justiça do Estado, exorbitante de sua competência e ofensiva à jurisdição desta Corte, como guardiã da Constituição Federal. Art.102 "caput", I, e, da CF.
Reclamação nº 337, Rel Min Paulo Brossard, Pleno, Unânime, DJ 19.04.1994.

EMENTA: - **Reclamação. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal estadual**, com base em afronta a dispositivo constitucional estadual e a dispositivo constitucional federal.
Reclamação julgada procedente, em parte, para trancar a ação direta de inconstitucionalidade quanto à "causa petendi" relativa à afronta à Constituição Federal, devendo, pois, o Tribunal reclamado julgá-la apenas no tocante à "causa petendi" referente à alegada violação à Constituição Estadual, "causa petendi" esta para a qual é ele competente (artigo 125, § 2º, da Constituição Federal).
Reclamação nº 374, Rel Min Moreira Alves, Pleno, Maioria, DJ 17.06.1994

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO MUNICIPAL, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CABIMENTO ADMITIDO PELA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE ATRIBUI COMPETÊNCIA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSÁ-LA E JULGÁ-LA. INADMISSIBILIDADE.
1. O ordenamento constitucional brasileiro admite Ações Diretas de Inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais, em face da Constituição estadual, a serem processadas e julgadas, originariamente, pelos Tribunais de Justiça dos Estados (artigo 125, parágrafo 2° da C.F.).
2. Não, porém, em face da Constituição Federal.
3. Aliás, nem mesmo o Supremo Tribunal Federal tem competência para Ações dessa espécie, pois o art. 102, I, "a", da C.F. só a prevê para Ações Diretas de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Não, assim, municipal.
4. De sorte que o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais, diante da Constituição Federal, só se faz, no Brasil, pelo sistema difuso, ou seja no julgamento de casos concretos, com eficácia, "inter partes", não "erga omnes".
5. Precedentes.
6. Ação Direta julgada procedente, pelo S.T.F., para declarar a inconstitucionalidade das expressões "e da Constituição da República" e "em face da Constituição da República", constantes do art. 106, alínea "h", e do parágrafo 1° do art. 118, todos da Constituição de Minas Gerais, por conferirem ao respectivo Tribunal de Justiça competência para o processo e julgamento de A.D.I. de lei ou ato normativo municipal, em face da Constituição Federal.
7. Plenário. Decisão unânime.

> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 508, Rel Min Sydney Sanches, Pleno, Unânime, DJ 23.05.2003, p. 30
>
> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ART. 74, XI. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE LEI OU ATO NORMATIVO MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCEDÊNCIA.
> É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, antes e depois de 1988, no sentido de que não cabe a tribunais de justiça estaduais exercer o controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Precedentes. Inconstitucionalidade do art. 74, XI, da Constituição do Estado de São Paulo. Pedido julgado procedente.
> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 347, Rel Min Joaquim Barbosa, Pleno, Unânime, DJ 20.10.2006.

Em sede doutrinária, essa orientação também é absolutamente preponderante, *verbis:*

> No processo de controle abstrato de normas no âmbito local, o parâmetro de aferição da legitimidade de leis e atos normativos estaduais e municipais é, exclusivamente, a Constituição do respectivo Estado-membro.
> Esse pressuposto, que decorre da previsão expressa do art. 125, § 2º, da Constituição Federal, está relacionado, também, a uma série de outras normas constitucionais federais que estabelecem, nos limites territoriais do Estado-membro, a superioridade hierárquico-normativa da Constituição Estadual em relação às demais leis e atos normativos locais. …
> O controle de constitucionalidade por via de ação direta nos Estados ocorre, assim, a partir do contraste entre leis ou atos normativos estaduais ou municipais e a Constituição Estadual. O que se afere é a eventual lesão que aquelas normas possam ter cometido ao ordenamento constitucional do Estado-membro. E, uma vez constatada tal lesão, busca-se o restabelecimento da coerência da ordem jurídica estadual por intermédio da anulação do ato tido como inconstitucional …
> Assim como ocorre em relação ao controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, é possível constatar-se aqui a existência de um monopólio da censura por parte do Tribunal de Justiça, bem como uma nítida limitação à ampliação de seus poderes por iniciativa própria. Com efeito, como defensor exclusivamente da Constituição Estadual, o Tribunal de Justiça não pode estender a sua competência para o controle abstrato de normas a outro parâmetro de controle que não o estadual.
> Léo Ferreira Leoncy, Controle de Constitucionalidade Estadual, Saraiva, São Paulo, 1ª ed., 2007, p. 81/85

E mais:

> O sistema federativo vigente no Brasil dá ensejo, também, a uma modalidade de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade no âmbito dos Estados. Assim, prevê a Constituição a possibilidade de instituição de

> uma representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais, em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º). Embora não haja referência expressa no texto constitucional, é da lógica do sistema que a competência para processar e julgar, originariamente, essa ação (impropriamente referida como representação) seja do Tribunal de Justiça. Mas não se admite a atribuição ao Tribunal de Justiça dos Estados de competência para apreciar, em controle abstrato, a constitucionalidade de lei federal em face da Constituição estadual, tampouco de lei municipal em face da Constituição Federal.
> Luís Roberto Barroso, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Saraiva, São Paulo, 4ª ed., 2009, p. 157

Resta demonstrado, pois, que este Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar o pedido de declaração abstrata de inconstitucionalidade dos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e do Anexo Único da Lei Complementar nº 155/2013, por suposta violação aos arts. 145, § 1º, e 150, II e IV, e ao princípio da moralidade positivado no art. 37, *caput*, todos da Constituição Federal, nos termos formulados na exordial.

Não conheço do pedido de medida liminar quanto a tais fundamentos.

Todavia, atento ao quanto se contém na petição inicial da ação direta proposta pelos requerentes, passo ao exame do pedido de medida liminar de suspensão da eficácia dos mencionados arts. 1º, 2º, 3º, 4º e do Anexo Único da Lei Complementar nº 155/2013, relativamente à suposta violação ao art. 26 e ao princípio da moralidade previsto no art. 154, *caput*, ambos da Constituição do Estado do Ceará, *verbis:*

> Art. 26. O Município reger-se-á por **Lei Orgânica**, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos **nesta Constituição** e na **Constituição Federal**.
>
> Art. 154. A administração pública direta, indireta e fundacional de quaisquer dos Poderes do Estado do Ceará obedecerá aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da **moralidade**, da publicidade e da eficiência, e ao seguinte:

Observo, a esse propósito, que o art. 26 da Constituição do Estado do Ceará, ao dispor que o Município será regido pela respectiva Lei Orgânica, com observância dos princípios estabelecidos na Constituição Estadual e na Constituição Federal, nada dispôs acerca de conteúdo material autônomo, mas apenas explicitou aquilo que é inerente a todo e qualquer ordenamento jurídico constituído por um sistema hierarquizado de normas, sem o condão de transformar esta ou aquela que esteja positivada na Constituição Federal, aplicável indistintamente à União, aos Estados e aos Municípios, em norma formalmente integrante da Constituição Estadual, para o fim de constituí-la, enquanto ato normativo do próprio ente federado, em parâmetro de controle de constitucionalidade de lei municipal.

Ausente, pois, relevância jurídica no fundamento de violação do art. 26 da Constituição do Estado do Ceará pelos dispositivos da Lei Complementar nº 155/2013 ora impugnados.

De igual modo, tenho por inexistente plausibilidade jurídica no fundamento de violação ao princípio da moralidade positivado no art. 154 da Constituição do Estado do Ceará. A rigor, quanto a esse particular, os requerentes apenas afirmam de modo absolutamente genérico e abstrato, sem mencionar esta ou aquela razão específica pela qual a Lei Complementar nº 155/2013 teria violado tal princípio.

Por fim, tendo presente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a afirmar que a *causa petendi* da ação direta de inconstitucionalidade é aberta e, portanto, a possibilidade do exercício do juízo de inconstitucionalidade mediante a utilização de parâmetro normativo de controle diverso daquele que o autor da ação afirma violado, entendo devida a análise do pedido de medida cautelar formulado pelos requerentes a partir do disposto no art. 191, § 6º, da Constituição do Estado do Ceará, que reproduz literalmente o texto normativo positivado no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, *verbis:*

> Art. 191
> §1º **Sempre que possível, os impostos** terão caráter pessoal e **serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte**, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Registre-se que o princípio da eficiência previsto na Constituição Federal e a liberdade de conformação do legislador em relação ao princípio da igualdade, autorizam a utilização de padrões fiscais (pautas, tabelas e plantas) e, portanto, o uso da planta de imóveis urbanos pelo Município de Fortaleza, como instrumento legal de tributação com base em determinados critérios tidos por relevantes e congruentes pelo legislador, com a finalidade de realizar justiça fiscal.

É notório que a Lei Complementar nº 155/2013 apenas positivou algo efetivamente existente no mundo da vida, seja em relação à realidade de crescente e geral valorização dos imóveis urbanos no Município de Fortaleza, seja em relação à prática de valores venais tanto mais vultosos, quanto verticalmente mais elevados são os imóveis residenciais, na hipótese de edifícios dotados de elevador, e na situação inversa, no caso de edifícios que não os possui.

A utilização de padrões fiscais é justificada com maestria por Humberto Ávila, *verbis:*

> ... as normas que utilizam padrões fiscais (pautas, tabelas, plantas) são normas com "finalidade simplificadora" *(Vereinfachungszwecknormen*). A justificativa para sua adoção é a suposta impossibilidade ou extrema onerosidade para fiscalizar cada operação individual.
> Essas normas procuram tornar a fiscalização de tributos mais ágil e econômica. Ao fazê-lo, porém, provocam uma perda em justiça individual, já que a obrigação tributária não mais é dimensionada pela operação real (pelo valor concreto do imóvel, do automóvel, da operação de circulação de mercadoria), mas pela operação presumida. Isso pode ensejar a ocorrência de uma discrepância entre o presumido e o efetivamente ocorrido em alguns casos.
> O importante, por ora, é registrar que o mero fato de existir uma disparidade entre o valor real e o presumido não retira a justificativa para a adoção de uma operação padronizada. Isso porque, como foi visto, enquanto a tributação não-padronizada funda-se na igualdade individual, em razão de o legislador avaliar as particularidades concretas da situação real, a operação com padronização baseia-se na igualdade geral, porque o legislador opta por se afastar do caso que realmente ocorre em favor da consideração daquele que normalmente ocorre.
> Teoria da Igualdade Tributária, Malheiros, 1ª ed., São Paulo, 2008, p. 88/89.

Ora, como bem observou José Maurício Conti, na monografia "Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade", Dialética, p. 36, a capacidade contributiva *é "uma capacidade econômica específica – refere-se à aptidão para suportar determinada carga tributária"*, por isso mesmo aferível a partir do montante do tributo devido de que trata o art. 142, do Código Tributário Nacional, e não de mera adequação por lei da base de cálculo (valor venal do imóvel) à realidade existente, sobre a qual incidirá a alíquota respectiva, para fins de determinação do valor do tributo a ser pago.

Daí afirmar Luciano Amaro que o princípio da capacidade contributiva tem o escopo de *"preservar o contribuinte, buscando evitar que uma tributação excessiva (inadequada à sua capacidade contributiva) comprometa os seus meios de subsistência, ou o livre exercício de sua profissão, ou a livre exploração de sua empresa, ou o exercício de outros direitos fundamentais, já que tudo isso relativiza sua capacidade econômica"*, situações essas que a Lei Complementar nº 155/2013, por si só, não se revela apta ou suficiente para configurá-las. (Direito Tributário Brasileiro, Saraiva, 15ªed., 2009, p. 138)

A Lei Complementar nº 155/2013 instituiu no ordenamento jurídico do Município de Fortaleza o critério da verticalização e aplicou percentuais progressivos (15% a 35%) de atualização dos valores venais dos imóveis constantes do cadastro do IPTU, sob a justificativa e para o fim de adequar a planta de imóveis à realidade dos preços dos imóveis praticados na atualidade e a tributação do IPTU ao aumento do patrimônio e, por consequência, da própria capacidade contributiva dos proprietários de imóveis.

De tais parâmetros não se pode ignorar a validade e a adequação, por serem notórios, inclusive em matérias midiáticas da imprensa local.

A registrar, ainda, a possibilidade de o contribuinte impugnar administrativamente o lançamento do tributo, com as garantias do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau, eventual equívoco ou injustiça do valor venal atribuído ao respectivo imóvel, na forma dos arts. 59, 60, 218 e 220, da Lei Complementar nº 159/2013 – Código Tributário do Município de Fortaleza, sem olvidar a garantia constitucional da inafastabilidade do controle judicial da atuação do fisco municipal a teor do disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Presente tal ordem de ideias, em sede de juízo preliminar e perfunctório, tenho por ausente o *fumus boni iuris*.

Não vislumbro, na incipiente fase procedimental, ofensa ao princípio da capacidade contributiva de que trata o art. 191, § 6º, da Constituição do Estado do Ceará apta a elidir, desde logo, a presunção de constitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar nº 155/2013 impugnados na presente ação direta.

Firme em tais considerações, conheço do pedido de medida cautelar apenas quanto aos fundamentos que afirmam violação a dispositivos da Constituição do Estado do Ceará, para indeferi-lo.

É como voto.

Fortaleza, 09 de janeiro de 2014.

PROCESSO Nº 0006625-28.2011.8.06.0000.
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
REQUERENTE: SINDGUARDAS - SINDICATO DOS GUARDAS MUNICIPAIS DA REGIÃO METROPOLITANA DE FORTALEZA.
REQUERIDO: MUNICÍPIO DE MARACANAÚ.
REQUERIDA: CÂMARA MUNICIPAL DE MARACANAÚ.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI MUNICIPAL Nº 1.268/2007 E DECRETO AUTÔNOMO Nº 2.132/2009, AMBOS DO MUNICÍPIO DE MARACANAÚ. COMPETÊNCIA DA CORTE ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DE ADI. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 96, I, "A", 97 E 125, §1º, DA CF/1988; ART. 108, VII, "F", DA CE; ARTS. 16 E 21, III, DA LOMAN; ART. 21 DO CODJCE; ART. 14 DA LEI ESTADUAL Nº 14.258/2008 E ART. 22, X, DO RITJCE. ILEGITIMIDADE ATIVA DE SINDICATO DE ÂMBITO REGIONAL PARA QUESTIONAR ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS RECONHECIDA (CE, ART. 127, *CAPUT*, V E VIII). EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO (ART. 267, VI, C/C ART.295, II, DO CPC). CAUTELAR PREJUDICADA.

1. É de absoluta improcedência a prejudicial suscitada pelo Prefeito Municipal de Maracanaú atinente à incompetência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Ceará para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade em razão de sua criação haver se dado pelo Regimento Interno e não por lei formal, porquanto compete aos Tribunais de Justiça, mediante o exercício do poder de regulação interna que lhes foi outorgado pela Carta da República, a prerrogativa de disporem, em sede regimental, sobre as atribuições e o funcionamento de seus respectivos órgãos jurisdicionais. (Art. 96, I, *a*). Neste aspecto o regimento é lei material e prepondera em face da lei processual. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e inteligência dos arts. 96, I, "a", 97 e 125, §1º, da CF/1988; art. 108, VII, "f", da CE; arts. 16 e 21, III,

da LOMAN; art. 21 do CODJCE; art. 14 da Lei Estadual nº 14.258/2008 e art. 22, X, do RITJCE. Prejudicial rejeitada.
2. O art. 127 da Constituição Estadual, ao tratar dos legitimados a instaurar a fiscalização abstrata de constitucionalidade ante o Estatuto Maior do Estado, reporta-se unicamente às leis e aos atos normativos estaduais. Quanto às normas municipais, estas somente são referenciadas nos incisos V e VI, os quais indicam como partes hábeis a encetar tal controle apenas o Prefeito, a Mesa da Câmara, entidade de classe, organização sindical e partidos políticos com representação na Casa Legislativa municipal.
3. Entretanto, a redação dada ao inciso V leva ao entendimento de que somente as entidades de classe e organizações sindicais pertencentes à esfera municipal de onde emana a lei ou ato normativo contestado diante da Carta Política Estadual é que possuem essa legitimidade, ficando as de âmbito estadual e intermunicipal legitimadas tão somente a impulsionar o controle concentrado concernente às leis e atos normativos estaduais, nos termos do *caput* e do inciso VIII do art. 127 da Constituição Estadual.
4. Desse modo, assiste razão ao Prefeito de Maracanaú quanto à alegada ilegitimidade da organização sindical em tablado para propor a demanda em causa, por se tratar de entidade intermunicipal, não se encontrando, portanto, habilitada a inaugurar o controle de constitucionalidade, pela via da ação direta, de lei ou ato normativo municipal. Preliminar acolhida.
5. Extinção do processo sem exame de mérito, nos termos do art. 267, VI, c/c art. 295, II, do CPC. Medida cautelar prejudicada.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em rejeitar a preliminar de incompetência desta Corte e acolher a de ilegitimidade do sindicato autor, para indeferir a inicial e extinguir o processo sem julgamento de mérito, restando prejudicada a apreciação da medida cautelar requestada, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2012.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade (págs. 01-14) interposta por SINDGUARDAS – Sindicato dos Guardas Municipais da Região Metropolitana de Fortaleza contra o Município de Maracanaú e a Câmara Legislativa daquela localidade, na qual postula a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei municipal nº 1268, de 05 de dezembro de 2007, e do Decreto Autônomo de nº 2132, de 03 de novembro de 2009, por ofensa aos arts. 14, I, 26, 28, 154, XV, e 178 da Constituição do Estado do Ceará.

Sustenta o autor que o art. 9º, I, da Lei Orgânica do Município de Maracanaú, ao prever que a Guarda Municipal destina-se à proteção de bens, serviços, instalações e pessoas, exorbitaria, quanto a esta última incumbência, das atribuições constitucionalmente estabelecidas para aquela corporação, obrigando os seus componentes a fazer policiamento ostensivo, abordagens e perseguição a criminosos sem o devido preparo e sem que essa missão esteja prevista na Carta Política estadual, uma vez que tal instituição não compõe a estrutura da segurança pública do Estado.

Alega que em virtude dessa ilegalidade vários guardas municipais estão sendo acusados por ações que extrapolariam suas funções institucionais, *vg*, ao serem obrigados a prestar segurança em festividades públicas.

Argui o peticionário haver inconstitucionalidade, outrossim, nos arts. 3º, II, "d" e "e", e 4º, V, VI, IX, X, XIII e XIV, da Lei Municipal nº 1268/2007, ao preverem situações nas quais deva agir a Guarda Municipal (colaborar com ações de educação e segurança do trânsito; participar de projetos sociais e educacionais; apoiar, auxiliar e garantir ações de defesa civil nas situações de emergência ou de calamidade pública, em socorro e auxílio às comunidades atingidas; orientar, promover e animar a participação da comunidade em movimentos sociais de interesse comunitário; auxiliar na preservação da ordem pública; atuar na orientação e salvamento de banhistas; auxiliar o Corpo de Bombeiros Militar na prevenção e combate a incêndios e nos serviços de resgate, salvamento e prestação de primeiros socorros; executar serviços de apoio à promoção e ao incentivo ao turismo e ao civismo locais), sem, contudo, possuírem pertinência com as atribuições constitucionais desse cargo, haja vista que o §8º do art. 144 da Carta da República restringe a atuação da Guarda Municipal à defesa patrimonial, e não como polícia ostensiva, atribuição exclusiva das Forças Armadas (art. 144, I, II, III, IV e V, da CF/1988), além do que as questões referentes a projetos sociais e educação de trânsito são de responsabilidade da Secretaria de Assistência Social e do DEMUTRAN, invadindo o Poder Legislativo local, desta feita, competência afeta à União Federal.

Igualmente, atribui mácula ao art. 7º, XX, XXIX, XXXI, XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXVI, XXXVII, XXXVIII, XXXIX, XL, XLI, XLII, XLIII, XLIV, XLV,

XLVIII, LII, LIII; art. 9º, IV; art. 20, parágrafo único; art. 22, X, XII, XIV, XX, XXIV, XXIX, XLV, LIV, LIX, LX; art. 24, §1º, I, II, VI, XIX, XXIX, XXX; art. 25, §1º, I; art. 26, §1º, I e II; art. 27, §1º, I e III; art. 28, IV, V e XIII, do Decreto municipal nº 2132/2009 ao preverem disciplina "extremamente castrense, além do que algumas sanções cerceiam a liberdade de expressão dos componentes da Guarda Civil de Maracanaú, havendo aquela municipalidade ignorado o artigo 5º da Constituição Federal, inciso II, que estatui que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'" (pág. 09).

Aduz, ainda, a impossibilidade de se conferir ao Comando da Guarda Municipal poderes de instaurar, investigar, julgar e punir o servidor público ao arrepio de qualquer processo no qual se observem o contraditório e a ampla defesa, desrespeitando os arts. 14, *caput* e IV, e 26, *caput*, da Constituição do Estado do Ceará.

Prossegue o arrazoado no sentido de que as matérias afetas à segurança pública e à defesa civil, a cargo do ente federativo estadual (art. 178, *caput*, I e II, "a", "b", parágrafo único, da CE), não se encontram inseridas na competência legiferante municipal (art. 28, I, CRFB), uma vez não constituírem "assunto de interesse local".

Pugna pela concessão de liminar para suspender a eficácia do Decreto nº 2132/2009 e dos arts. 3º e 4º da Lei municipal nº 1268/2007.

Elenca como perigo de demora *in casu* a possibilidade de graves prejuízos à população diante de ações praticadas pela Guarda Municipal sem qualquer legitimidade, tampouco fundamento de validade legal ou constitucional.

Ao final, requesta a procedência da ação para proclamar a inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* e *erga omnes* dos arts. 3º e 4º da Lei municipal nº 1268/2007 e do Decreto Autônomo de nº 2132/2009, ambos do Município de Maracanaú, por ofensa aos arts. 14, I; 26; 28; 154, XV, e 178 da Constituição do Estado do Ceará.

Juntou documentos de fls. 15-125.

Despachei às págs. 129-130 para que o sindicato autor regularizasse sua representação processual mediante a juntada de procuração com poderes específicos para o ajuizamento da ação em comento, autorizando o combate das normas indicadas na exordial (ADI 2187, Rel. Ministro OCTAVIO GALLOTTI, Informativo STF, nº 190), sob pena de indeferimento desta.

Providência cumprida às págs. 132-133.

Ordenei, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.868/1999, a intimação dos requeridos para apresentarem prévia manifestação sobre o pedido cautelar (pág. 135).

O Prefeito Municipal de Maracanaú manifestou-se às págs. 138-149, alegando, preliminarmente:

a) incompetência do Órgão Especial deste TJCE para o julgamento da ADI, porquanto a criação daquele se deu tão somente no Regimento Interno desta Corte, quando se fazia necessário constar na Constituição Estadual ou na Lei de Organização Judiciária local, violando-se o art. 125, §1º, da CF/1988 e o art. 94, XI, da CE;

b) ilegitimidade ativa do sindicato autor, tendo em vista que a entidade de classe de âmbito estadual ou intermunicipal não poderia buscar judicialmente o controle concentrado de constitucionalidade de ato normativo municipal, apenas de atos normativos estaduais, a teor do art. 127, V e VIII, da CE;

c) carência de ação diante da impossibilidade de controle abstrato de norma municipal em face da Constituição Federal (art. 144, §8º, CF/1988) sem reprodução na Carta Política estadual.

Assere, meritoriamente, a inexistência dos requisitos autorizadores da concessão do pleito liminar, uma vez que "a instituição da guarda municipal de Maracanaú, por intermédio da lei municipal ora impugnada, é uma corporação uniformizada e tecnicamente equipada, de caráter eminentemente preventivo e defensivo, destinada à proteção dos bens, serviços e instalações municipais, atuando naquilo que for de peculiar interesse do Município e colaborando, no âmbito local, com a Polícia Militar, com a Polícia Civil e com o Corpo de Bombeiros Militar"*sic* (pág. 145).

Assevera inexistir a execução de atos privativos da polícia militar e civil por parte dos guardas municipais, havendo na espécie tão somente "conjugação de esforços entre a guarda municipal e os demais órgãos públicos de segurança pública" (pág. 146), ou seja, mera colaboração quando for intrinsecamente ligada às funções precípuas de proteção dos bens, serviços e instalações municipais.

Exemplifica a atuação da corporação em tela nos casos de desforço possessório de imóveis municipais porventura invadidos, inclusive mediante uso da força, bem como na contenção de condutas de desrespeito ao controle urbano, envidando esforços para dissuadir quem porventura se instalar, sem autorização do Poder Público municipal, em calçadas, ruas e praças para a venda de roupas e outros objetos, subsumindo-se tais diligências no âmbito de proteção aos bens públicos de uso comum do povo (pág. 146).

Alterca, ainda, a possibilidade de uso da guarda municipal para proteger servidores incumbidos de realizar a fiscalização urbana e ambiental (págs. 146-147).

Respeitante às competências previstas no art. 4º da Lei municipal nº 1268/2007, sustenta que configuram mero detalhamento da expressão "proteção dos bens, serviços e instalações municipais", *vg*, auxiliar na preservação da ordem pública; vigilância de vias, logradouros, praças, jardins, prédios e equipamentos comunitários, fortalecendo a segurança urbana; colaborar com as ações de educação e segurança do trânsito (pág. 147), não significando, isso, que a guarda municipal promoverá a segurança

do trânsito, mas apenas colaborará com os agentes incumbidos desse mister (competindo aos municípios fiscalizar o trânsito), tampouco que efetuará policiamento ostensivo, mas apenas evitará a depredação dos bens públicos, enfrentando as adversidades porventura impostas sem necessidade de prévia comunicação aos órgãos de segurança pública.

Quanto ao Decreto municipal nº 2132/2009, afirma que "não há que ser declarado inconstitucional pelos mesmos motivos acima expostos" (pág. 149), limitando-se aquele a regulamentar a lei municipal impugnada.

Colacionou documentos às págs. 150-153.

Cópias da Carta de Ordem intimatória juntadas às págs. 154-161.

A Câmara Municipal de Maracanaú restou inerte (certidão à pág. 164).

É o relato.

VOTO

Impende analisar, inicialmente, as questões preliminares arguidas na manifestação do Prefeito Municipal de Maracanaú, haja vista constituírem óbice ao exame do pedido de liminar formulado na exordial.

Tocante à **suscitada incompetência do Órgão Especial deste TJCE para o julgamento da ADI**, sob o argumento de que a criação daquele se deu tão somente no Regimento Interno deste Tribunal, quando se fazia necessário possuir gênese na Constituição Estadual ou na Lei de Organização Judiciária local, violando-se, com isso, o art. 125, §1º, da CF/1988 e o art. 94, XI, da CE, tem-se a deliberar o seguinte.

O art. 125, §1º, da Carta Política Federal prevê:

> Art. 125**.** Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
> §1º. A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. [...]

Por sua vez, em obediência ao preceptivo acima mencionado, consta no art. 108, VII, "f", da CE o seguinte:

> Art. 108. Compete ao Tribunal de Justiça:
> […]
> VII – processar e julgar, originariamente:
> […]
> f) as ações diretas de inconstitucionalidade, nos termos do art. 128 desta Constituição; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 63, de 2 de julho de 2009 – D.O. De 7.07.09). [...]

Dessarte, a competência deste TJCE para processar e julgar a ação em tela encontra-se perfeitamente disciplinada na CE.

Outra questão, porém, é saber a qual órgão tal incumbência é conferida no âmbito interno da Corte estadual, se ao Pleno ou ao Órgão Especial, nos moldes do art. 97 da Carta Federal, *verbis:*

> Art. 97**.** Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (grifei).

Ocorre que essa matéria – regulação interna de seus órgãos – é de livre disposição do Tribunal de Justiça, nos termos do art. 96, I, "a" da Constituição Federal, senão veja-se:

> Art. 96. Compete privativamente:
> I – aos Tribunais:
> a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; […] (grifei)

Nesse sentido:

> […] O regimento interno dos Tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos Tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos Tribunais o regimento interno prepondera. Constituição, art. 5º, LIV e LV, e 96, I, *a*. […] (STF, Pleno, **ADI 1.105-MC/DF**, Relator Ministro PAULO BROSSARD, DJU 27/04/2001, p. 57. EMENT. VOL. 2028-02, p. 208, destaquei)

> […] Com o advento da CF de 1988, delimitou-se, de forma mais criteriosa, o campo de regulamentação das leis e o dos regimentos internos dos tribunais, cabendo a estes últimos o respeito à reserva de lei federal para a edição de regras de natureza processual (CF, art. 22, I), bem como às garantias processuais das partes, 'dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos' (CF, art. 96, I, *a*). São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a *causa finalis* da jurisdição. […] (STF, Pleno, **ADI 2.970/DF**, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, DJU 12/05/2006, p. 04. EMENT Vol-02231-01, p. 163. RTJ VOL-00200-01, p. 56. RDDP nº 40, 2006, p. 155-160. LEXSTF Vol. 28, nº 330, 2006, p. 50-60. RT Vol. 95, nº 851, 2006, p. 452-458, destaquei)

> […] Compete ao Tribunal de Justiça, mediante exercício do poder de regulação normativa interna que lhe foi outorgado pela Carta Política, a prerrogativa de dispor, em sede regimental, sobre as atribuições e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais. (CF, art. 96, I, *a*). Precedentes […] (STF, 1ª Turma, **AI 177.313-AgR**, Relator Ministro CELSO DE MELLO, DJU 17/05/1996, p. 16343, EMENT Vol. 01828-08, p. 1572, destaquei)

Portanto, se a Constituição Estadual (art. 108, VII, "f"), em respeito ao art. 125, §1º, da CF/1988, previu caber ao Tribunal de Justiça o processo e o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade; se, nos termos do art. 97 da Carta Federal, compete ao Pleno ou ao Órgão Especial dos tribunais tal proceder; se aos tribunais, mediante regimento interno, incumbe dispor sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais (art. 96, I, "a", da CF/1988), então pode o TJCE, mediante seu Regimento Interno, criar Órgão Especial e atribuir a este a competência em alusão.

Em abono ao acima esposado observe-se o art. 21 da Lei Estadual nº 12.342/1994 (Código de Organização Judiciária local), com a redação conferida pela Lei nº 14.258/2008, bem como o art. 14 deste último diploma legal, respectivamente:

> Art. 21. A competência, a organização e o funcionamento dos órgãos julgadores do Tribunal de Justiça serão disciplinados no Regimento Interno do Tribunal. (redação anterior: *Art. 21. O Tribunal de Justiça tem como órgãos julgadores o Tribunal Pleno, as Câmaras Isoladas Cíveis e Criminais, as Câmaras Reunidas Cíveis e Criminais e o Conselho da Magistratura. [...]*)

> Art. 14. As disposições a respeito da competência e funcionamento do Tribunal Pleno, das Câmaras Cíveis, Câmaras Criminais, Câmaras Cíveis Reunidas e Câmaras Criminais Reunidas, contidas nos arts. 29, 30, 31, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49 e 50, todos da Lei Estadual nº 12.342, de 28 de julho de 1994, têm vigência durante o prazo de 90 (noventa) dias, contados da publicação desta Lei, ou até a entrada em vigor do Regimento Interno do Tribunal de Justiça que regulamentar a matéria. (grifei).

Vale mencionar, ainda, os arts. 16 e 21, III, da Lei Complementar nº 35/1979 (LOMAN), segundo os quais:

> Art. 16. Os Tribunais de Justiça dos Estados, com sede nas respectivas Capitais e jurisdição no território estadual, e os Tribunais de Alçada, onde forem criados, têm a composição, a organização e a competência estabelecidas na Constituição, nesta Lei, na legislação estadual e nos seus regimentos internos.

> Parágrafo único. Nos Tribunais de Justiça com mais de vinte e cinco desembargadores, será constituído Órgão Especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais, da competência do tribunal pleno, bem como para uniformização da jurisprudência no caso de divergência entre suas Seções. (grifei)
>
> Art. 21. Compete aos tribunais, privativamente:
> […]
> III – elaborar seus regimentos internos e neles estabelecer, observada esta Lei, a competência de suas câmaras ou turmas isoladas, grupos, seções ou outros órgãos com funções jurisdicionais ou administrativas; [...] (grifei).

Por conseguinte, cabe ao Regimento desta Corte disciplinar quais são seus órgão internos, bem como acerca de suas competências, obedecendo-se, conforme acima demonstrado, as disposições das Cartas Políticas Federal e Estadual, o que efetivamente se fez, consoante se observa no seguinte dispositivo do RITJCE:

> Art. 22. Ao Órgão Especial compete:
> […]
> X - declarar, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, nos casos de sua competência originária e nos que, para tal fim, lhe forem remetidos pelos demais órgãos julgadores do Tribunal; [...]

Sob tais fundamentos, rejeito a primeira preliminar.

Passo, agora, a examinar a prejudicial de **ilegitimidade ativa do sindicato autor**, sob o fundamento de que a entidade de classe de âmbito estadual ou intermunicipal não poderia buscar judicialmente o controle concentrado de constitucionalidade de ato normativo municipal, mas apenas de atos estaduais, a teor do art. 127, V e VIII, da Constituição Estadual.

O dispositivo acima invocado tem o seguinte teor:

> Art. 127. São partes legitimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo **estadual**, contestado em face desta Constituição, ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição:
> I – o Governador do Estado;
> II – a Mesa da Assembleia Legislativa;
> III – o Procurador-Geral de Justiça;
> IV – o Defensor-Geral da Defensoria Pública;
> V – **o Prefeito, a Mesa da Câmara ou entidade de classe e organização sindical, se se tratar de lei ou de ato normativo do respectivo Município**;
> VI – **os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa, ou, tratando-se de norma municipal, na respectiva Câmara;**

> VII – o Conselho Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil; e
> VIII – organização sindical ou entidade de classe de âmbito estadual ou intermunicipal.
> [...]
> § 4º Os legitimados referidos nos incisos I, II, III, IV, V (parte inicial), VII e VIII, poderão propor ação declaratória de constitucionalidade, de lei ou ato normativo **estadual** em face desta Constituição. (destaquei).

Consoante se observa do *caput* do artigo supra transcrito, o constituinte estadual, ao tratar dos legitimados a instaurar a fiscalização abstrata de constitucionalidade em face do Estatuto Fundamental do Estado, se reporta unicamente às leis e aos atos normativos estaduais. Quanto às normas municipais, estas somente são referenciadas nos incisos V e VI, os quais indicam como partes legitimas a encetar tal controle apenas o Prefeito, a Mesa da Câmara, entidade de classe, organização sindical e partidos políticos com representação na Casa Legislativa municipal.

Entretanto, a redação dada ao inciso V leva ao entendimento de que somente as entidades de classe e organizações sindicais pertencentes à esfera municipal de onde emana a lei ou ato normativo contestado perante a Carta Política do Estado do Ceará é que possuem essa legitimidade, ficando as de âmbito estadual e intermunicipal habilitadas apenas a impulsionar o controle concentrado concernente às leis e atos normativos estaduais, nos termos do *caput* e do inciso VIII do art. 127 da Constituição Estadual supra transcrito.

Desse modo, assiste razão ao Prefeito de Maracanaú quanto à alegada ilegitimidade da organização sindical em tablado para propor a demanda em causa, por se tratar de entidade intermunicipal, não se encontrando, portanto, habilitada a inaugurar o controle concentrado de constitucionalidade, pela via da ação direta, de leis ou atos normativos municipais em face do Estatuto Político do Estado, à míngua de previsão constitucional, haja vista que essa modalidade de controle, por sua natureza eminentemente política, é excepcional, não podendo ser admitida interpretação extensiva, fora das hipóteses expressamente previstas no Texto Magno.

Nesse sentido, em voto proferido nos autos do RE n° 92.169 – SP, asseverou o Ministro Moreira Alves:

> "[...] o controle direto, em nosso sistema jurídico, é excepcional, dado o seu caráter eminentemente político (ao contrário do que ocorre com a declaração incidente que é atribuição necessária ao próprio ato de julgar, para aplicar-se a lei válida) [...]". (R.T.J., 103/1109).

Em outra oportunidade, por ocasião do julgamento do RE n° 91.740 – RS, o então decano de nossa Suprema Corte assim posicionou-se:

> "[...] o controle de constitucionalidade **in abstrato** (principalmente em países em que como o nosso, se admite, sem restrições, o **incidenter tantum**) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos pela própria Constituição, como consectário, aliás, do princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado". (R.T.J., 93/462).

Lamentavelmente, o Constituinte cearense limitou excessivamente as hipóteses de legitimidade para a instauração do controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais, enfraquecendo, com isso, esse importante mecanismo de defesa da Constituição Estadual, o qual surge como instrumento de afirmação da própria autonomia do Estado.

Todavia, aqui não está em discussão a análise da opção política do Constituinte estadual, se acertada ou equivocada ao redigir o art. 127 da Constituição do Estado do Ceará. Se fosse essa a altercação, sem dúvida este Relator se posicionaria contra a redação expendida, porquanto ela restringe em demasia a atuação de órgãos e entidades estaduais na defesa de sua Carta Política, impossibilitando-os de se insurgirem contra a validade de leis ou atos normativos municipais que possam inclusive estar indevidamente dispondo sobre matéria de exclusiva competência do Estado, como também peca ao limitar a ação dos Prefeitos e Mesas das Câmaras para impugnarem apenas leis e atos normativos dos respectivos Municípios, impedindo-os igualmente de contestarem, pela via do controle concentrado, leis e atos normativos estaduais que firam a autonomia municipal ou disponham sobre assuntos de sua esfera de atribuição.

Essa discussão, contudo, há de ser travada na arena política da Assembleia Legislativa do Ceará, pois essa é a sede própria para se modificar o Texto Constitucional, mediante o legítimo processo legislativo de emenda à Constituição, o que não ocorre na ambiência do Poder Judiciário.

Sob tais fundamentos, acolho a segunda preliminar levantada pelo Prefeito Municipal de Maracanaú, para indeferir a inicial e extinguir o processo sem julgamento de mérito, nos termos do arts. 295, II, e 267, VI, do Código de Processo Civil, ante a manifesta ilegitimidade da entidade sindical autora da presente ação direta de inconstitucionalidade, restando prejudicado o exame da medida cautelar porfiada.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA

PROCESSO: 0032947-17.2013.8.06.0000 – MANDADO DE SEGURANÇA
IMPETRANTE: NOVARTIS BIOCIÊNICAS S.A
IMPETRADO: SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ATO PRETENSAMENTE COMETIDO PELO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ. AUTORIDADE ILEGITIMA. ATUAÇÃO INDICADA QUE NÃO CONTA COM A PARTICIPAÇÃO, DIRETA OU INDIRETA DA AUTORIDADE IMPETRADA. FUNÇÃO DE TRIBUTAR CORRELATA ÀS ATRIBUIÇÕES DOS FISCAIS DE TRIBUTOS OU, ENTÃO, DOS ÓRGÃOS COLEGIADOS QUE, NOS TERMOS DA LEI ESTADUAL Nº 12.732/97, COMPÕEM O "*CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL DO ESTADO DO CEARÁ*". IMPOSSIBILIDADE DE APLICAR-SE A TEORIA DA ENCAMPAÇÃO, EXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE O SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ E OS FISCAIS DE TRIBUTOS QUE OCORRE APENAS DO PONTO DE VISTA FUNCIONAL. PODER DE TRIBUTAR QUE DECORRE/DERIVA DIRETAMENTE DE MANDAMENTO LEGAL ESPECÍFICO, NÃO PODENDO SER OBJETO DE INGERÊNCIA DE AUTORIDADE, EMINENTEMENTE POLÍTICA, SEM PODERES LEGAIS PARA TANTO. MANDADO DE SEGURANÇA LIMINARMENTE DENEGADO.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de Mandado de Segurança, de natureza preventiva, ajuizado pela empresa acima identificada, cuja matriz encontra-se sediada no Município de São Paulo/SP, em face de atuação administrativa, que compreende ser ilegal/abusiva, a ser supostamente desempenhada pelo Exmo. Sr. Secretário da Fazenda do Estado do Ceará/SEFAZ.

Segundo informa a Impetrante, trata-se de empresa dedicada a “dentre outras atividades, a fabricação e comércio, inclusive importação e exportação, de produtos farmacêuticos, especialidades biológicas e dietéticas, quimioterápicos, oftálmicos, e afins” [*vide* pág. 02].

Na sequência, aduz a Impetrante que, o aparato dedicado a proceder com a fiscalização dos tributos de competência do Estado do Ceará estaria prestes a proceder com a apreensão de mercadorias que serão enviadas por sua matriz - como dito anteriormente, situada no Estado do São Paulo - à clientes domiciliados no Estado do Ceará, compreendidos como consumidores finais não contribuintes, enquanto não fosse recolhido aos cofres do Tesouro Estadual quantia referente ao "adicional de ICMS" previsto no Protocolo nº 21/2011 do Conselho Nacional de Política Fazendária/ CONFAZ, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 30.542/2011. Quanto a isso, reproduz-se:

> 5. De acordo com o referido diploma legal [Decreto Estadual nº 30.542/2011], instituiu-se aos remetentes de mercadorias provenientes de outros Estados da Federação, nas vendas diretas a não contribuintes, em que o consumidor final adquira a mercadoria de forma não presencial (internet, telemarketing, showroom), o dever de efetuar o recolhimento de ICMS complementar, o qual será exigido no momento da entrada de tais produtos no território do estado do Ceará, sob pena de apreensão de suas mercadorias.
> 6. Em outras palavras, nas vendas a consumidores não contribuintes do ICMS de forma não presencial, a IMPETRANTE vem sendo compelida ao de suposto ICMS complementar nas entradas de seus produtos nesse Estado, sob pena de sofrer penalidades por parte da Autoridade IMPETRADA, como a retenção de seus produtos nas barreiras fiscais, além de manter o recolhimento do ICMS ao Estado de Origem das mercadorias, a uma alíquota de 18%, em respeito à Constituição. [*vide* págs. 02/03].

Nessa esteira, argumenta, em síntese, a Impetrante que:

> **(I)** Existiria inconstitucionalidade; nos termos do art. 155, II, § 2º, VII, *b*, da Constituição Federal de 1988 - CF/88; da cobrança do adicional do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, Bens e Serviço/ICMS sobre bens destinados a não contribuintes. Isso porque, segundo seu entender, "*a exigência do imposto nas operações interestaduais a consumidor final, acaba por criar nova hipótese de incidência não prevista na CF e tampouco na LC nº. 87/96*" [*vide* pág. 09].
> **(II)** A exigência ora combatida infringiria, ainda, a Lei Complementar nº. 87/96 – Lei Kandir, que, conforme competência outorgada pela Constituição, estabeleceu o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS de forma pretensamente diversa da pretendida pelo Decreto Estadual nº 30.542/2011.
> **(III)** O Conselho Nacional de Política Fazendária/CONFAZ teria acabado por extrapolar a sua própria competência para celebração de protocolos, e consequentemente, os termos dos arts. 102 e 199, do Código Tributário Nacional/CTN.

> **(IV)** Que o Decreto Estadual nº. 30.542/2011 também feriria o princípio da isonomia [artigo 150, II, da CF/88], na medida em que instituiria tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente, tendo em vista que na venda direta de mercadorias a não contribuintes do ICMS de outros Estados da Federação não é exigido o adicional de ICMS quando da entrada de tais produtos em seus territórios [*vide* pág. 22].

Ao final de seu arrazoado, requer a Impetrante a concessão de medida liminar capaz de obstar a autoridade apontada como coatora de exigir-lhe o recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS, bem como de apreender as mercadorias remetidas por sua matriz para os clientes localizados no Estado do Ceará.

Autos me foram distribuídos em 13 de dezembro de 2013.

É o relatório.

Bem examinando os autos, **verifico que não merece acolhimento a pretensão veiculada pela Impetrante**, diante da ilegitimidade passiva da Autoridade Impetrada.

Isso porque, como se sabe, a autoridade apontada como coatora é a responsável, tão somente, pela política de fiscalização adotada pelo Estado do Ceará do ponto de vista macro/geral/abstrato. Tais atividades, todavia, não se confundem com o lançamento, com a apuração de infrações à legislação tributária e com a aplicação das respectivas multas, que são de competência privativa dos ocupantes dos cargos de Fiscais de Renda. Sendo, ainda, nos termos da Lei Estadual n.º 12.732/97, de competência, num primeiro momento, da Célula de Julgamento de 1ª Instância e, em outro, no caso de descontentamento com o resultado do julgamento anterior, do Conselho de Recursos Tributários, conhecer e decidir acerca da exigência do crédito tributário e do pedido de restituição de tributos estaduais.

Em defesa do raciocínio aqui desenvolvido, é pertinente trazer à baila o escólio de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual *"considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução"*.

E complementa o saudoso administrativista, *in verbis* :

> Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas conseqüências administrativas [...]. Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que cientifica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão [*in* Mandado de Segurança, Malheiros, 28ª edição, p. 63].

E, ainda do mesmo autor:

> Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas conseqüências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. [*in* Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, etc, RT, SP, 24ª. Edição, p. 56].

Ora, é cediço que o mandado de segurança deve ser impetrado contra a autoridade que, por ação ou omissão, tenha praticado algum ato atentatório à direito líquido e certo titularizado por qualquer pessoa, bem como disponha de poderes para sanar a ilegalidade. Não sendo, em definitivo, o caso dos autos. Nesse sentido, veja-se, originário de nosso e. Órgão Especial e de minha relatoria:

> **EMENTA:** AGRAVO REGIMENTAL/INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. DECISÃO QUE, LIMINARMENTE, INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL. ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. ATUAÇÃO INDICADA QUE NÃO CONTA COM A PARTICIPAÇÃO, DIRETA OU INDIRETA DA AUTORIDADE IMPETRADA. FUNÇÃO DE TRIBUTAR CORRELATA ÀS ATRIBUIÇÕES DOS FISCAIS DE TRIBUTOS OU, ENTÃO, DOS ÓRGÃOS COLEGIADOS QUE, NOS TERMOS DA LEI ESTADUAL Nº 12.732/97, COMPÕEM O "CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL DO ESTADO DO CEARÁ". IMPOSSIBILIDADE DE APLICAR-SE A TEORIA DA ENCAMPAÇÃO, EXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE O SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ E OS FISCAIS DE TRIBUTOS QUE OCORRE APENAS DO PONTO DE VISTA FUNCIONAL. PODER DE TRIBUTAR QUE DECORRE/DERIVA DIRETAMENTE DE MANDAMENTO LEGAL ESPECÍFICO, NÃO PODENDO SER OBJETO DE INGERÊNCIA DE AUTORIDADE, EMINENTEMENTE POLÍTICA, SEM PODERES LEGAIS PARA TANTO. SEGURANÇA DENEGADA. **AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.** [TJCE, ARG em MS Nº 0008445-24.2007.8.06.0000, julgado em 10 de dezembro de 2012].
>
> Por derradeiro, não vejo como aplicar ao caso a *teoria da encampação*, pois, segundo orienta o e. Superior Tribunal de Justiça, sua aplicação reclama o preenchimento dos seguintes requisitos: "*(i) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (ii) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e (iii) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas*" [REsp nº 890.781/MT, 1ª Turma, Relator: Min. LUIZ FUX, Dje 02.02.2010].

No caso ora analisado, não há dúvida de que existe hierarquia do ponto de vista funcional entre o Secretário da Fazenda do Estado do Ceará e os ocupantes dos cargos de Fiscal de Tributos do Estado do Ceará. Todavia, essa hierarquização não interfere; ao menos não é para interferir; por exemplo, nas atividades de lançamento e fiscalização exercidas por estes, uma vez que tais atribuições são inerentes ao cargo que ocupam, só podendo ser revistos, como visto anteriormente, pelos órgãos superiores que, nos termos da já citada Lei Estadual nº 12.732/97, integram a estrutura do Contencioso Administrativo Fiscal do Estado do Ceará.

Outrossim, e ainda em consonância com o estabelecido no precedente acima citado, os ocupantes dos cargos de Fiscal de Tributos, diferentemente do Secretário da Fazenda, não gozam da prerrogativa de foro prevista no art. 108 da Constituição do Estado, desobedecendo, assim, a segunda condição lá instituída para se adotar a teoria *in foco.* **Isso ocorre porque sua adoção, sem nenhuma sombra de dúvidas, importaria em indevida modificação ampliativa da competência originária desta e. Corte de Justiça.**

A propósito do tema, seguem decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> **EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. 1**. O Secretário de Fazenda do Estado de Pernambuco é parte ilegítima para figurar no polo passivo de mandado de segurança em que se discute auto de infração lavrado em decorrência do não pagamento de ICMS. **2.** "A teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão-somente quando preenchidos os seguintes requisitos: (i) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (ii) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e (iii) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas." (REsp nº 818.473/MT, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, in DJe 17/12/2010). **3.** Inaplicabilidade da teoria da encampação, pena de ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça, que não abrange a competência para julgar mandado de segurança impetrado em face de ato do Diretor de Administração Tributária. Precedentes. **4.** Agravo regimental improvido. [AgRg no RMS 33.189/PE, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, Dje 24/02/2011]
>
> **EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. AUTORIDADE APONTADA POR CONVENIÊNCIA E ECONOMIA PROCESSUAL. ILEGITIMIDADE. ENCAMPAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1.**

> Hipótese em que a contribuinte reconhece que as autoridades coatoras seriam os agentes do Fisco nos locais de cada um de seus estabelecimentos empresariais. Entretanto, por conveniência e economia processual, indicou o Secretário de Fazenda, que seria competente para orientar o trabalho das demais autoridades fiscais. **2.** Considerando que inexiste controvérsia quanto à atribuição das autoridades fiscais locais em relação ao suposto ato coator e que elas não têm foro privilegiado no TJ-MG, é inviável a escolha do Secretário de Fazenda para fins de impetração do writ, ainda que com fundamento na economia processual, pois isso alteraria a competência jurisdicional ratione persona, o que é inadmissível, e afastaria a aplicação da teoria da encampação. Precedentes do STJ. **3.** Recurso Ordinário não provido. [RMS 31.635/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 27/09/2010].

Em arremate, no mesmo sentido da fundamentação aqui desenvolvido e tratando de caso similar ao versado nestes autos, veja-se o seguinte precedente oriundo de julgamento recente do Órgão Especial do TJCE:

> **EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. QUESTÃO PREJUDICIAL EXAMINADA DE OFÍCIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO EXMO SR. SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. EXTINÇÃO DA AÇÃO MANDAMENTAL SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. 1.** Conforme destacou o Superior Tribunal de Justiça, "em mandado de segurança, deve figurar no polo passivo a autoridade que, por ação ou omissão, deu causa à lesão jurídica denunciada e é detentora de atribuições próprias para fazer cessar a ilegalidade". **2.** Quando a correção do polo passivo enseja mudança na competência jurisdicional não é possível a aplicação da teoria da encampação. Precedentes desta Egrégia Corte. **3. Quem efetua apreensão de mercadorias não é o Secretário da Fazenda, mas o Chefe do Posto Fiscal no qual é efetuado o ato substanciador da lesão jurídica cuja reparação é colimada na ação mandamental, sendo esta a autoridade responsável pela prática do ato concreto e que tem poder de neutraliza-lo. 4.** Agravo conhecido, mas desprovido. Extinção da ação mandamental sem apreciação meritória. [ARG em MS ORIGINÁRIO nº 0032969-17.2009.8.06.0000/50002. Rel. Des. Francisco Sales Neto, julgado em 20 de outubro de 2011].

Do que não destoam precedentes oriundos de outros Tribunais da Federação:

> **EMENTA:** MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS – IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. *WRIT* IMPETRADO EM FACE DO SECRETARIO DE ESTADO DE FAZENDA. A COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAÇÃO E LANÇAMENTO DO ICMS É DO FISCAL DE RENDAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO,

SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA. [TJRJ – MS ORIGINÁRIO Nº 043559-56.2010.8.19.0000, REL. DES. FÁBIO DUTRA, JULGADO EM 15 DE MARÇO DE 2011].

EMENTA:AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COBRANÇA DE ICMS E FECP. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO ESTADUAL DE FAZENDA PARA FIGURAR COMO AUTORIDADE COATORA QUANDO A PRETENSÃO VISA À NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. EXTINÇÃO DO FEITO SEM O JULGAMENTO DO MÉRITO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. [TJRJ 0055438-60.2010.8.19.0000, REL. DES. DES. CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA, JULGADO EM 19 DE MAIO DE 2011].

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA ICMS TRANSFERÊNCIA DE BENS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSA" DO GOVERNADOR DO ESTADO E DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA INEXISTÊNCIA DE ATO POSITIVO OU NEGATIVO ATRIBUÍVEL ÀS AUTORIDADES IMPETRADAS CARÊNCIA DA AÇÃO ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO SO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. [TJPR, 689722-3, REL. DES. TELMO CHEREM, JULGADO EM 18 DE FEVEREIRO DE 2011].

EMENTA: Mandado de Segurança. Suposto ato ilegal e arbitrário praticado pelo Governador do Estado e pelo Secretário de Estado da Fazenda. Recolhimento de ICMS por substituição tributária com base em pautas fiscais de valores. Ilegitimidade passiva do Governador do Estado reconhecida. Responsabilidade pela mera edição do Decreto Estadual n. 45.138, de 20.07.2009, que altera o Regulamento do ICMS. Ato de natureza geral e abstrata, inábil a produzir efeitos contra a impetrante. Ilegitimidade passiva do Secretário da Fazenda reconhecida. Ausência de responsabilidade pela execução do ato combatido. Segurança denegada, com base no disposto no art. 267, inciso VI, do CPC c/c art. 6º, §5º, da Lei n. 12.016/09. [TJMG, MS ORIGINÁRIO Nº 0710136-32.2010.8.13.0000, REL. Des. RONEY OLIVEIRA, JULGADO EM 22 DE JUNHO DE 2011].

Ante o exposto, assim como me é franqueado pelo art. 33, inc. IX do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará/RITJCE, indefiro a inicial com fulcro nos arts. 6º, § 5º e 10 da Lei nº 12.016/LMS II, c/c os arts. 267, inc. I e 295, inc. II, ambos do Código de Processo Civil/CPC.

Sem custas. Deixo de arbitrar honorários em função do entendimento disposto nas Súmulas 512, do STF e 105, do STJ, agora, exteriorizado no art. 25 da LMS.

Dê-se ciência pessoal ao douto órgão de atuação do Ministério Público.

Ultrapassado o prazo a que alude o art. 10, §1º, da LMS sem que haja recurso, arquivem-se os autos.

Fortaleza, 19 de dezembro de 2013

MANDADO DE SEGURANÇA (MEDICAMENTOS)
PROCESSO DE Nº 0100359-67.2010.8.06.0000
IMPETRANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
IMPETRADO: SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. INÁCIO DE ALENCAR CORTEZ NETO

DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO CEARÁ E INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA REJEITADAS. CONSTATADA, NO MÉRITO, A NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS ESSENCIAIS AO TRATAMENTO DOS SUBSTITUÍDOS PROCESSUAIS (PORTADORES DE DOENÇAS GRAVES). DEVER DO ESTADO DO CEARÁ. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO EM VIRTUDE DA OMISSÃO ESTATAL. EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INAPLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL EM FACE DO DESCUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. SEGURANÇA CONCEDIDA.

I. No caso *sub judice*, o Ministério Público Estadual, na qualidade de substituto processual, considerando que as partes substituídas – portadoras de doenças graves – necessitam de medicamentos oncológicos para tratamento de saúde, impetrou a presente ação constitucional, a fim de que o Estado do Ceará seja condenado ao fornecimento dos referidos medicamentos.

II. De início, empós prévia análise, foram afastadas todas as preliminares suscitadas pelo Estado do Ceará, a saber: ilegitimidade passiva *ad causam* do Ente Estadual; ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Estadual, e, por fim, inadequação da via processual eleita.

III. No mérito, a autoridade impetrada invocou a aplicação da cláusula da “reserva do possível” ao caso em tela, sustentando

a impossibilidade de o Poder Judiciário exigir do Estado, ante a sua insuficiência de recursos financeiros, o fornecimento dos medicamentos e insumos perquiridos. Não se pode olvidar, entrementes, que a prefalada diretriz da "reserva do possível" precisa ser analisada em conjunto e sopesamento com o núcleo constitucional consubstanciador do "mínimo existencial", no qual estão inseridos, dentre outros, o direito à saúde e o direito à vida – garantias fundamentais que devem ser asseguradas pelos impetrados através do fornecimento da medicação indicada na inicial.

IV. Ademais, a negativa do pleito formulado pelo Ministério Público representaria, ainda, verdadeira afronta a um fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, a saber, o princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, em respeito aos direitos fundamentais acima comentados, bem como em harmonia com os diversos precedentes deste Tribunal de Justiça, outra não pode ser a conclusão senão aquela pela confirmação da liminar outrora concedida e, por conseguinte, a concessão da segurança pleiteada.

V. Liminar confirmada. Segurança concedida. Decisão Unânime.

ACORDAM os Desembargadores integrantes deste Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em CONCEDER a segurança, nos termos do voto proferido pelo Relator.

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público do Estado do Ceará em favor dos pacientes dispostos na exordial, em face de ato omissivo atribuído ao Exmo. Sr. Secretário de Saúde do Estado do Ceará, traduzido na não disponibilização dos medicamentos para os substituídos.

O Desembargador Francisco Lincoln Araújo e Silva, na Decisão Interlocutória de fls. 155/156, deferiu a medida liminar pleiteada, determinando o imediato fornecimento dos medicamentos necessários ao tratamento dos substituídos.

O Secretário de Saúde do Estado do Ceará, nas informações de fls. 170/203, alega, preliminarmente: a) a nulidade processual pela ausência de notificação pessoal ao órgão de representação judicial da Pessoa Jurídica interessada; b) a ilegitimidade passiva do Estado do Ceará; c) a inclusão da União Federal como litisconsorte passivo necessário; d) a ilegitimidade do Ministério Público e e) a inadequação da via eleita. Alegou mais que os pacientes deveriam ter optado por receber o tratamento através dos

CACON's, criados pelo SUS especificamente para tratamento oncológico. No mérito, a autoridade afirma que deve ser respeitado o princípio da isonomia, assim como que deve ser aplicada a teoria da reserva do possível ao caso em tela.

O Procurador Geral de Justiça do Estado do Ceará, no parecer de fls. 220/233, opinou pela concessão da segurança pleiteada, para que seja confirmada a liminar deferida.

No despacho de fls. 235, o antigo Relator, Desembargador Francisco Lincoln Araújo Filho, chamou o feito à ordem, com o fim de ser notificado o órgão de representação judicial da Pessoa Jurídica, conforme preceitua o art. 7°, inciso II, da lei nº 12.016/2009.

Após notificado, o Estado do Ceará nada apresentou ou requereu, conforme certidão de decorrência de prazo de fls. 240.

Após a Certidão emitida pela Divisão de Distribuição (fls. 243/244), vieram os autos conclusos ao meu Gabinete.

É o relatório.

Inclua-se em pauta para julgamento.

Decido.

In casu, o Ministério Público do Estado do Ceará impetrou, em favor dos ora substituídos, o pretenso *mandamus*, em face de ato omissivo praticado pelo Secretário de Saúde do Estado do Ceará, objetivando a concessão de medicamentos oncológicos, tendo em vista o alto custo destes e a falta de condições econômicas dos substituídos para arcar com os seus custos.

Cumpre relembrar que o Secretário de Saúde do Estado do Ceará, nas informações por ele prestadas (fls. 170/203), suscitou como preliminares a ilegitimidade passiva do Estado do Ceará, a ilegitimidade ativa do Ministério Público e a inadequação da via eleita, as quais serão devidamente apreciadas, uma a uma, a seguir.

Ab initio, convém examinar a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Estado do Ceará para figurar na presente demanda.

Quanto a esta alegação, melhor sorte não assiste ao Estado do Ceará, uma vez que é responsabilidade solidária dos Entes federados a distribuição de medicamentos para a concretização do direito constitucional à saúde. Assim, independente do custo que tenham os referidos medicamentos, é dever também do Estado a sua concessão, ainda que tais não sejam normalmente disponibilizados na rede de saúde.

Embora a Constituição Federal disponha que o Sistema Único de Saúde é composto por uma rede regionalizada e hierarquizada, não é aceitável que indivíduos na situação dos enfermos substituídos tenham que recorrer aos três entes federativos, correndo o risco de agravamento das suas graves doenças.

Dessa forma, não há razão para se argumentar a ilegitimidade do Estado do Ceará, pois há plena solidariedade dos Entes Federativos quando se trata da efetivação do direito à saúde dos cidadãos.

Deve-se destacar que o Eg. Superior Tribunal de Justiça entende que o Sistema Único de Saúde (SUS) é composto pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, reconhecendo a responsabilidade solidária entre os entes federativos, o que provoca, como consequência, a legitimidade de qualquer um deles para figurar no pólo passivo de tais demandas. Tal fato se constata através da análise dos precedentes abaixo colacionadas, *in verbis*:

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. EXECUÇÃO DIRETA DE AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ATRIBUIÇÃO LEGAL DOS ÓRGÃOS LOCAIS, E NÃO DA UNIÃO.
> 1. Segundo a Constituição, "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196). Todavia, cumpre ao legislador dispor sobre a "regulamentação, fiscalização e controle" das ações e serviços de saúde, "devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado" (CF, art. 197). Relativamente ao sistema único de saúde (SUS), ele é formado, segundo a Constituição, por "uma rede rede regionalizada e hierarquizada" de ações e serviços de saúde, observadas, entre outras diretrizes, a da "descentralização, com direção única em cada esfera de governo" (art. 198).
> 2. Atendendo ao preceito constitucional, a Lei 8.080/90 tratou da organização do SUS, inclusive no que se refere à distribuição das competências, das atribuições e das responsabilidades de seus vários órgãos integrantes, com o objetivo, não apenas de evitar a sobreposição de estruturas administrativas, mas para conferir eficiência, economicidade e agilidade ao sistema, condição indispensável a garantir aos cidadãos, da melhor maneira possível, o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde.
> 3. Relativamente à execução e prestação direta dos serviços, a Lei atribuiu aos Municípios essa responsabilidade (art. 18, incisos I, IV e V, da Lei n.º 8.080/90), compatibilizando o Sistema, no particular, com o estabelecido pela Constituição no seu artigo 30, VII: "Compete aos Municípios (...) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população". No que se refere especificamente à assistência farmacêutica, cumpre à União, como gestora federal do SUS, o repasse de recursos financeiros, cabendo aos Municípios e, supletivamente, aos Estados, a aquisição e a adequada dispensação de medicamentos.
> 4. Agravo regimental provido para excluir a União do pólo passivo da demanda."
> (AgRg no REsp 888.975/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2007, DJ 22/10/2007 p. 205).

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS PARA O TRATAMENTO DE ANGIOPLASTIA BILATERAL. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.

1. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

2. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Angioplastia Bilateral.

3. O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado, por isso que legítima a pretensão quando configurada a necessidade do recorrido.

4. O Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles. Precedentes: REsp 878080 / SC; Segunda Turma; DJ 20.11.2006 p. 296;

REsp 772264 / RJ; Segunda Turma; DJ 09.05.2006 p. 207; REsp 656979 / RS, DJ 07.03.2005.

5. Assentado o acórdão recorrido acerca da necessidade dos medicamentos pleiteados na inicial, não cabe ao STJ conhecer do recurso. As questões que levam à nova incursão pelos elementos probatórios da causa são inapreciáveis em sede de recurso especial, consoante previsto na Súmula 7/STJ.

6. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ.

7. Precedentes jurisprudenciais: REsp 505729/RS, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 23/06/2003; REsp 190686/PR, Ministro Relator Franciulli Netto, 2ª turma, DJU 23/06/2003;MC 2615/PE, Ministro Relator Francisco Falcão, 1ª Turma, DJU 19/08/2002;AGA 396736/MG, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 25/02/2002; REsp 373775/RS, Ministro Relator Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJU 01/07/2002; REsp 165339/MS, Ministro Relator Jorge Scartezzini, 5ª Turma, DJU 05/03/2001;AGA 199217/SP, Ministro Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJU 17/02/1999) 8. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no Ag 1044354/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008).

Esta Corte de Justiça, em harmonia com o entendimento ora exposto, manifesta-se nesse mesmo sentido, senão vejamos (grifei):

> "AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO COM BASE NO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. DECISÃO ANTECIPATÓRIA DE TUTELA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO DO CEARÁ. COMPETÊNCIA COMUM. SOLIDARIEDADE. INTELIGÊNCIA DA CF E LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E IMPROVIDO.
> 1 - Impende inicialmente destacar que a responsabilidade pela promoção do direito à saúde é indiscutivelmente solidária entre os entes federativos, malgrada a alegada instituição, pelo Ministério da Saúde, de um novo modelo para atender demandas por procedimentos de saúde de alto custo, como a Autorização para Procedimentos de Alta Complexidade - APAC-ONCO, utilizado, no que se refere especificamente à oncologia, pelas unidades e pelos centros de oncologia - CACON"S. 2 - Logo, em ações que visam o fornecimento de medicamentos mediante serviços prestados pelo SUS, a União, Estados, Municípios e Distrito Federal possuem legitimidade para compor o polo passivo da lide, não sendo tampouco hipótese de litisconsórcio necessário. Admite-se, neste azo, a responsabilização isolada ou associada para cumprimento da obrigação. 3 - A divisão de atribuições no campo da saúde entre os entes da federação, realizada por portarias, resoluções, ou quaisquer outras normas infralegais, não está apta a se sobrepor à previsão constitucional de solidariedade entre a União, Estados, DF e Municípios. A urgência de determinados procedimentos médicos ou mesmo ingestão de medicamentos não permite que o cidadão enfermo sofra com a escusa de cada ente político, que repassa para outro a competência comum. 4 - À fl. 56, consta relatório médico do hematologista Dr. Edilson Diógenes Pinheiro Júnior, CRM 11.329, do Hospital do Câncer, dirigido ao Secretário de Saúde do Estado do Ceará, que, após discorrer acerca da seriedade do problema de saúde da agravada, afirma: "Tem indicação de uso de ALEMTUZUMAB (ANTI CD 52), solicito desta forma este medicamento, na dose de 30 mg SC três vezes por semana por 12 semanas". 5 - Conheço o presente recurso de Agravo Regimental, para negar-lhe provimento."
> (Agravo 1679445200980600001, Relator Washington Luis Bezerra de Araújo, Comarca Fortaleza, 3ª Câmara Cível, Data de registro: 19/12/2012).

> "DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE CONCEDEU TUTELA ANTECIPADA, FORNECIMENTO GRATUITO DO MEDICAMENTO TRAVATAN. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. ALEGAÇÃO DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. RESPONSABILIDADE DO ESTADO.DECISÃO QUE DENEGOU A SUSPENSIVIDADE AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

> 1.Fornecimento gratuito de medicamentos, por ser a Agravada pessoa carente e portadora de glaucoma. 2. Garantia do direito à vida e à saúde. 3.Nas ações que tratem acerca do Sistema único de Saúde, a responsabilidade entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal é solidária, tendo todos legitimidade para ocupar o polo passivo da relação, tratando-se, portanto de litisconsorte passivo facultativo e não necessário. 4.Agravo de instrumento conhecido, mas não provido."
> (Agravo de Instrumento 3521549201080600000, Relatora Maria Nailde Pinheiro Nogueira, Comarca de Fortaleza, Órgão julgador: 2ª Câmara Cível, Data de registro: 29/05/2012).

Por essa razão, os medicamentos devem ser fornecidos seja pelo Estado, seja pelo Município, devendo permanecer intacta a liminar já deferida, não merecendo prosperar, portanto, a referida preliminar.

No que tange à **ilegitimidade ativa do Ministério Público**, cumpre, desde logo, asseverar que tal tese também não merece guarida.

Com efeito, dispõe o art. 127 da Nossa Carta Magna que o Ministério Público "é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e **individuais indisponíveis**." (grifei).

Ora, sendo o direito à saúde e à vida direitos indisponíveis, faz-se mister reconhecer a possibilidade do Ministério Público impetrar Mandado de Segurança com o fito de reconhecer o cumprimento desses direitos, garantidos constitucionalmente aos menos favorecidos.

O nosso colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em ações deste jaez, vem reconhecendo a legitimidade ativa do Ministério Público, senão vejamos os seguintes precedentes:

> "ADMINISTRATIVO. AÇÃO COMINATÓRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO.LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À SAÚDE.
> O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação que visa ao fornecimento de medicamento a pessoa que não tem condições financeiras de arcar com o tratamento médico, por se tratar de direito indisponível. Agravo regimental desprovido."
> (STJ - AgRg no REsp: 1327279 MG 2012/0114548-2, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 18/12/2012, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2013).

> "ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ.

> 1. O Ministério Público possui legitimidade *ad causam* para propor Ação Civil Pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando a presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação. 2. Recurso especial provido."
> (STJ - REsp: 945785 RS 2007/0094569-7, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 04/06/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/06/2013);
>
> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO MÉDICO. MENOR CARENTE. DIREITO À SAÚDE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA.
> 1. A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para propor Ação Civil Pública visando à proteção de direitos individuais indisponíveis do menor carente. 2. Agravo Regimental não provido."
> (STJ - AgRg no REsp: 946973 RJ 2007/0093932-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 05/06/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2008).

Com efeito, verificando-se que o presente mandado de segurança visa à tutela de interesse indisponível, dúvidas não podem pairar sobre a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público. Veja-se, nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DE DIREITOS SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. PRECEDENTES.
> 1. A Constituição do Brasil, em seu artigo 127, confere expressamente ao Ministério Público poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficiente. 2. Não há que se falar em usurpação de competência da Defensoria Pública ou da advocacia privada. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (STF, RE 554088 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j; em 20/06/2008).

Diante dos precedentes acima colacionados, vê-se que não assiste razão ao Estado do Ceará quanto à ilegitimidade do Ministério Público.

Por fim, no que tange à **preliminar de inadequação da via eleita**, esta também não merece guarida, eis que juntamente com a inicial consta todos os documentos necessários para a comprovação das moléstias dos substituídos e dos medicamentos requeridos. Desse modo, poderia o Ministério Público tanto se valer de uma Ação Civil Pública como de um Mandado de Segurança, já que o direito dos substituídos é líquido e certo, posto que a Constituição Federal prevê o direito à saúde a todos os cidadãos.

Nesse sentido (grifei):

> "MANDADO DE SEGURANÇA PRELIMINAR DE EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO E DE ILEGITIMIDADE DA PARTE – REJEITADAS – FORNECIMENTO DE REMÉDIO E TRATAMENTO ADEQUADO AO CIDADÃO QUE NECESSITA – OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL- ART 196 – SEGURANÇA CONCEDIDA. **Não há falar em inadequação da via eleita, se demonstrado que com a inicial vieram os documentos necessários a comprovação de plano do alegado.** A Constituição Federal estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, aqui se referindo a todos os entes estatais.(...)"
> (MS n. 2010.006020-3, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, j. em 17.05.2010).
>
> "FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. **MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. Inocorrência. Direito líquido e certo amparado. Preliminar rejeitada. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. Não comprovação da negativa da Administração. Desnecessidade. Inviável exigir esgotamento da via administrativa. Garantia constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição prevista no art. 5º, XXXV, da CF.** Preliminar rejeitada. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE DE PARTE. Invocação pela Fazenda Pública Estadual e Municipal. Obrigação solidária entre os entes federados. Matéria pacificada pelo Enunciado de Direito Público nº 16. Preliminar rejeitada. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANDADO DE SEGURANÇA. Impetrante portadora de transtornos psiquiátricos (ZYPREXA 10 mg). Ausência de padronização que não tem o condão de restringir o direito material tutelado. Indisponibilidade do direito à saúde. Art. 196 da Constituição Federal. Comprovação da hipossuficiência econômica da impetrante. Receituário médico que basta ao atendimento do pedido. Configurada a responsabilidade do Estado. Inteligência dos arts. 196 e 198 da Constituição Federal, art. 4º da Lei Federal nº 8.080/90 e art. 219 da Constituição Bandeirante. Responsabilidade solidária entre os entes federados. Política pública que se pressupõe contemplada nas leis orçamentárias. Tutela jurisdicional que não interfere na discricionariedade da Administração Pública. Princípio da Reserva do Possível que não pode se sobrepor aos direitos fundamentais. Precedentes. Recurso oficial e voluntários improvidos."
> (TJ-SP - REEX: 14718722010826060 9 SP 0014718-72.2010.8.26.0609, Relator: Claudio Augusto Pedrassi, Data de Julgamento: 30/10/2012, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/11/2012).

Registre-se, ainda, que o manejo da ação civil pública, ao contrário do que suscita o Estado do Ceará, não representa medida imperiosa na espécie, mormente se considerado que o escopo do *Parquet*, no caso, é a defesa de direitos individuais indisponíveis, nos exatos termos do art. 127, *caput*, da Constituição Federal.

Nesse esteio, considerando as razões acima explicitadas, a medida que se impõe é a rejeição, também, da preliminar de inadequação da via processual eleita.

Ultrapassadas as preliminares ora examinadas, passa-se a análise do mérito do pretenso *mandamus.*

No caso em apreço, cumpre repisar que o Ministério Público Estadual, na condição de substituto processual, considerando que as partes substituídas – portadoras de doenças graves – receberam a negativa do pleito de fornecimento dos medicamentos oncológicos prescritos, ajuizou a presente ação constitucional, a fim de que o Estado do Ceará seja condenado ao fornecimento dos referidos medicamentos.

Conforme se observa das informações prestadas, o Estado do Ceará invocou a aplicação da cláusula da "reserva do possível" ao caso em tela, sustentando a impossibilidade de o Poder Judiciário exigir do estado, ante a sua insuficiência de recursos para o fornecimento dos medicamentos perquiridos.

Entrementes, é cediço que a prefalada diretriz da "reserva do possível" precisa ser analisada em conjunto e sopesamento com o "mínimo existencial", de sorte que, para o deslinde da causa, fazem-se necessárias algumas considerações iniciais.

Em primeiro lugar, não se pode olvidar que, dentre as funções institucionais do Poder Judiciário, não se incluem a atribuições de formular e de implementar políticas públicas.

No entanto, as sobreditas incumbências, em situações excepcionais, poderão ser atribuídas ao referido Poder, desde que os órgãos estatais competentes, por suas condutas omissivas, vierem a comprometer a eficácia dos direitos fundamentais esculpidos em nossa Constituição Federal.

Assim, nessa esteira de raciocínio, chega-se a conclusão de que a cláusula da "reserva do possível" não pode ser invocada, pelo ente estatal, com o fito de se exonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais, uma vez que somente após o atendimento ao "mínimo existencial" é que o Poder Público terá ampla discricionariedade para executar outros serviços.

E esse "mínimo existencial", segundo as lições de nossa farta doutrina, representa um universo de prestações materiais que assegurem a cada indivíduo uma vida com padrões qualitativos mínimos, possibilitando, portanto, a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais que deste decorrem.

A Professora Ana Paula de Barcellos, ao discorrer sobre o tema, preceitua que (destaquei):

> "A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria

> dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível."
> (A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, p. 245-246, 2002, Renovar)

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 45 MC/DF, assegurou a integridade e intangibilidade do "mínimo existencial", em decisão de relatoria do eminente Min. Celso de Mello, cuja ementa segue abaixo (destaquei):

> "ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". **NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL"**. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)."
> (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29/04/2004).

Empós tais elucidações introdutórias, podemos observar que o Estado do Ceará, sob o pretexto de escassez de recursos financeiros, está deixando de assegurar o "mínimo existencial" à parcela de sua população, mormente aos substituídos na presente ação, pois é evidente, no caso em tela, o desrespeito aos direitos fundamentais à vida e à saúde.

Isso porque, conforme se depreende do exame dos autos, as partes substituídas, por estarem acometidas por grave doença, necessitam fazer uso contínuo dos medicamentos e insumos requeridos na inicial. Justamente por tais razões, o Ministério Público impetrou o presente mandado de segurança, com o fito de proteger

os direitos fundamentais – e indisponíveis – relativos à vida e à saúde das pessoas acima mencionadas, sendo estas amparadas nas normas conjugadas dos artigos 5º, *caput*, 6º, 196 e 197, todos da Carta da República, *in verbis* (grifei):

> "Art. 5º, *caput* – 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."
>
> "Art. 6º - São direitos sociais a educação, **a saúde**, 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. 196 - **A saúde é direito de todos e dever do Estado,** garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."
>
> "Art. 197 - **São de relevância pública as ações e serviços de saúde,** cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado."

Procedendo-se a uma interpretação harmônica dos referidos preceitos constitucionais, chega-se à conclusão de que o intuito maior da Carta Magna foi o de assegurar a todo cidadão, independentemente de sua condição econômica e classe social, o direito à saúde.

Desse modo, o Estado do Ceará tem o dever constitucional de garantir, por meio de políticas sociais e econômicas, ações que possam permitir a todos o acesso à assistência médica e farmacológica.

Cumpre registrar o seguinte precedente do c. Supremo Tribunal Federal coadunando com o entendimento ora esposado, *in verbis* (destaquei):

> "PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - **O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.** O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repelido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes."
(STF. RE-AgR 393175 / RS. Rel. Min. CELSO DE MELLO. DJ 02-02-2007 PP-00140).

Com efeito, o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível e deve ser assegurada à generalidade dos cidadãos, cabendo, portanto, ao impetrado assegurar, através do fornecimento da medicação indicada na exordial, o direito à vida, permitindo aliviar o sofrimento e a dor da moléstia ou enfermidade sem controle, garantindo ao cidadão o direito à sobrevivência.

Ora, o uso dos medicamentos indicados na exordial é a única alternativa capaz de melhorar as condições de saúde das partes substituídas na presente ação, conforme demonstrado nos autos, a negativa do seu fornecimento representa, ainda, verdadeira afronta a fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, o qual encontra-se elencado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, veja-se:

> "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)
> III - a dignidade da pessoa humana;"

Acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet, com maestria, explana que (grifei):

> **"Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade**, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como **venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável**, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos."
> (Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007)

Em consonância com todos os fundamentos jurídicos acima explicitados, veja-se como tem se posicionado, em casos semelhantes, esta Egrégia Corte de Justiça (grifei):

> "PROCESSO CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO (lato sensu). DEVER CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES E DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. ART. 196 DA CF. NORMA DE APLICABILIDADE IMEDIATA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Decisão que determinou o fornecimento de leite especial (Pragomin) para criança com alergia grave a proteína de leite de origem animal. **2. A saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal direito é corolário da inviolabilidade do direito à vida. Cabe, desta feita, ao Estado, em sentido lato, assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, oferecendo aos que não possam arcar com o seu tratamento os medicamentos necessários (art. 196, CF).** 3. Presentes os requisitos necessários à concessão de tutela antecipada, nos termos do art. 273 do CPC. Precedentes. A satisfatividade da medida, por si só, não impede a concessão da antecipação da tutela, havendo aparente colisão entre o direito à vida do autor acometido de doença grave e o prejuízo aos cofres públicos, deve o magistrado optar pelo resguardo do primeiro (*caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988). 4. Agravo de Instrumento conhecido, porém improvido."
(Agravo de Instrumento 3213429200980600000, Relator Paulo Francisco Banhos Ponte, Comarca de Fortaleza, Órgão julgador: 1ª Câmara Cível, Data de registro: 10/10/2012).

"AGRAVO REGIMENTAL/INOMINADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PREVENÇÃO DE MALES DECORRENTES DE GESTAÇÃO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE ASSEGURADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL** (ARTS. 6º E 196). SISTEMA UNICO DE SAÚDE - LEI Nº 8.080/90. AGRAVO IMPROVIDO. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NESTA CORTE DE JUSTIÇA.
1. A constituição vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não qualquer tratamento, mas tratamento adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. 2. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, permitindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação(art. 196), sendo o atendimento integral uma diretriz constitucional das ações e serviços de saúde (art. 198), reduzindo o do risco de doenças e de outros agravos, permitindo o acesso universal e igualitário. Recurso improvido."
(Agravo 7251897201080600001, Relator (a) Lincoln Tavares Dantas, Comarca: Fortaleza, Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível, Data de Registro: 07/02/2011).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. TUTELA ANTECIPADA. ADMISSIBILIDADE. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DEVER DO ESTADO. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES ECONÔMICOS DO ESTADO.** ART. 196, DA CF/88. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.
1. A Constituição Federal de 1988 assegura como dever do Estado a promoção de ações destinadas a manter a saúde da população como forma de cumprir e respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida e a saúde, sendo assegurado um tratamento digno e humanitário.

> Inteligência do art. 196, da CF/88; 2. Diante da configuração dos elementos autorizadores da antecipação da tutela pleiteada, o douto julgador tem o dever de concedê-la; 3. Precedentes desta Corte de Justiça; 4. Decisão mantida; 5. Agravo conhecido e improvido."
> (Agravo de Instrumento 2883459200980600000, Relator Desemb. Francisco Lincoln Araújo e Silva, Comarca: Fortaleza, Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível, Data de registro: 04/02/2011).

Nessa esteira, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como em atenção aos direitos fundamentais à vida e à saúde, outra não pode ser a conclusão, em total harmonia com a jurisprudência pátria, senão aquela pela confirmação da liminar outrora concedida e, por conseguinte, pela concessão da segurança pleiteada.

Por fim, cumpre destacar que o fornecimento dos medicamentos requestados na inicial, ao contrário do que sustenta o Estado do Ceará, não representaria afronta ao princípio da isonomia, haja vista que a Constituição Federal, do mesmo modo que elenca que os iguais devem ser tratados igualmente, também assegura que os desiguais devem ser tratados de maneira diferente, na medida da desigualdade de cada indivíduo.

Diante de todo o exposto, CONCEDO a segurança pleiteada e, por conseguinte, confirmo a medida liminar anteriormente deferida, devendo a autoridade impetrada fornecer os medicamentos e insumos prescritos aos substituídos processuais, na periodicidade e dosagem necessárias ao tratamento, nos moldes da documentação acostada ao processo.

Fortaleza, 7 de novembro de 2013.

PROCESSO Nº 0031209-91.2013.8.06.0000
MANDADO DE SEGURANÇA
IMPETRANTE: SINDICATO DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ – SINSEMPECE
IMPETRADO: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
ÓRGÃO JULGADOR: ÓRGÃO ESPECIAL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. DESCONTO NOS VENCIMENTOS LASTREADO EM DIAS NÃO TRABALHADOS. LEGALIDADE. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. SUPOSTA FALHA NO CONTROLE DE FREQUÊNCIA DESAFIA DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Ora, é sabido e consabido que o dever de assiduidade é exigência legal aos servidores públicos em geral, contida no art. 191, inciso VI, da Lei n.º 9.826/74. Nessa perspectiva, ocorrendo falta ao serviço, deve o servidor informar sua chefia o motivo da falta para justificá-la, sob pena de ter descontado em sua remuneração os dias não trabalhados, nos termos da legislação que rege a espécie.

2. Entendo ser desnecessária a instauração de processo administrativo para apuração de faltas e atrasos de servidor público, visando a realização de descontos na remuneração pelos dias não trabalhados; até porque esse desconto não constitui punição ao funcionário faltoso. Vale dizer, não é cabível a instauração de processo administrativo quando não se colima a aplicação de sanção disciplinar de qualquer natureza, mas o mero desconto da remuneração pelos dias não trabalhados, pena de enriquecimento sem causa por parte do servidor público.

3. Quanto à suposta falha do sistema de controle de frequência da instituição, necessariamente reclamaria dilação probatória, sendo imprópria a via eleita, ante a inexistência de direito líquido e certo dos servidores públicos, ora em destaque (arts. 1º e 10 da Lei nº 12.016/2009).

4. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de MANDADO DE SEGURANÇA, em que figuram as partes acima indicadas, acorda o ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade, em DENEGAR a segurança, nos termos do voto do relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo SINDICATO DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ – SINSEMPECE, em face de ato reputado abusivo e ilegal, imputado ao PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, que entendeu desnecessária a prévia instauração de processo administrativo para desconto no vencimento dos servidores, em decorrência de falta ou atraso ao serviço (fls. 101/108).

Na inicial, narra o impetrante que os descontos realizados na folha de pagamento dos servidores deveriam ter sido precedidos de processo administrativo a fim de lhes possibilitar o contraditório e o direito à ampla defesa.

Além disso, informa que os descontos havidos foram efetuados meses após a ocorrência das supostas faltas e atrasos injustificados, quando deveriam, se fosse o caso, ter ocorrido tão logo constatada a falta.

Aduz, ainda, que o sistema de controle de frequência da instituição é precário, apresentando constante falha de conexão com a internet.

Em sede de liminar, requer a abstenção dos descontos pecuniários, pela autoridade impetrada, em razão de faltas ou atrasos do servidor ao serviço, senão após prévio processo administrativo em que apurada a falta. Ademais, requer a restituição dos valores indevidamente descontados.

Ao final, requer a manutenção do pedido liminar (fls. 01/18).

Instado a se manifestar, o Procurador-Geral de Justiça prestou as informações de fls. 127/135, a requerer a denegação da segurança requestada.

Forte nos atos normativos que orientam a instituição que integra, assevera o impetrado que inexiste afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa quando a Administração procede aos descontos pecuniários na folha de pagamento de seus servidores, em razão de faltas ou atrasos injustificados.

Afirma que o servidor tem o direito de justificar a sua ausência até 02 (dois) dias úteis do mês subsequente, a fim de abonar a sua falta (Provimento nº 09/ MPCE e art. 124 da Lei nº 9.826/74). Portanto, se se mantém inerte ou tem denegado o

seu pedido, o desconto é automático, sem significar ato sancionatório, vez que o dever de assiduidade do servidor público flui da própria lei (fls. 127/135).

A Procuradoria do Estado requereu o ingresso no feito, pugnando pela improcedência do pleito autoral (art. 7º, II da Lei nº 12.016/2009) (fl. 139).

Em suma, é o relato.

Sem revisão.

Inclua-se em pauta de julgamento.

Fortaleza,14 de janeiro de 2014.

VOTO

Acerca da disciplina relativa a faltas ou atrasos dos servidores públicos civis do Estado do Ceará, dispõe assim a legislação pertinente:

> Lei Estadual nº 9.826/2008
> (...)
> **Art. 124** - O funcionário perderá:
>
> **I -** o vencimento do cargo efetivo, quando nomeado para cargo em comissão, salvo o direito de opção e de acumulação lícita;
> **II -** o vencimento do cargo efetivo, quando no exercício de mandato eletivo, federal ou estadual;
> **III -** o vencimento do cargo efetivo, quando dele afastado para exercer mandato eletivo municipal remunerado;
> **IV -** o vencimento do dia, se não comparecer ao serviço, salvo motivo legal ou doença comprovada, de acordo com o disposto neste Estatuto;
> **V -** um terço do vencimento do dia, se comparecer ao serviço dentro da hora seguinte à fixação para o início do expediente, quando se retirar antes de findo o período de trabalho;
> **VI -** um terço do vencimento, durante o afastamento por motivo de prisão administrativa, prisão preventiva, pronúncia por crime comum, denúncia por crime funcional ou condenação por crime inafiançável em processo no qual não haja pronúncia, tendo direito à diferença, se absolvido;
> **VII -** dois terços do vencimento durante o período de afastamento em virtude de condenação por sentença passada em julgado à pena de que não resulte em demissão.
>
> **Provimento nº 09/2008/MPCE**
> (…)
> **Art. 4º** – As ausências de registro de frequência, saídas antecipadas e/ou atrasos deverão ser justificadas, pelo servidor, até o 2º (segundo) dia útil do mês subsequente, impreterivelmente, através de preenchimento de formulário padrão (Anexo II), assinado pelo superior hierárquico imediato.
> § 1º - A falta ao serviço só poderá ser justificada por motivo legal ou por doença comprovada.

> § 2º – Não serão aceitas justificativas de faltas e/ou atrasos após efetuados os descontos na folha de pagamento do servidor.

Ao que se tem, para fazer jus ao abono de faltas, é exigida a devida justificativa do servidor, na forma da lei. Em virtude disso, a exigência em pauta encontra-se devidamente normatizada no seio da instituição, que fixou prazo para a apresentação das justificativas para homologação, sob pena de desconto pecuniário. Nesse caso, não se mostra exorbitante dos limites do poder regulamentar o provimento administrativo em referência, e, como consequência, não há espaço para as alegações autorais, a defender a ausência de observância do devido processo legal.

Ora, é sabido e consabido que o **dever de assiduidade** é exigência legal, contida no art. 191, inciso VI, da Lei n.º 9.826/74, que assim dispõe, *in verbis*:

> **Lei Estadual nº 9.826/2008**
> (…)
> **Art. 191 -** São deveres gerais do servidor:
> (...)
> **VI –** assiduidade.

Nessa perspectiva, ocorrendo falta ao serviço, deve o servidor informar sua chefia o motivo da falta para justificá-la, sob pena de ter descontado em sua remuneração os dias não trabalhados, nos termos da legislação que rege a espécie, como acima demonstrada.

Diante desse quadro, entendo ser desnecessária a instauração de processo administrativo para apuração de faltas e atrasos de servidor público, visando a realização de descontos na remuneração pelos dias não trabalhados; até porque esse desconto não constitui punição ao funcionário faltoso. Vale dizer, não é cabível a instauração de processo administrativo quando não se colima a aplicação de sanção disciplinar de qualquer natureza, mas o mero desconto da remuneração pelos dias não trabalhados, pena de enriquecimento sem causa por parte do servidor público.

É importante destacar, não olvidando a existência de julgados que entendem necessária a instauração do processo administrativo, que o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido da desnecessidade até de sindicância, quanto mais do processo administrativo, para realização dos descontos decorrentes de faltas injustificadas. Confiram-se:

> FUNCIONÁRIO - DESCONTO NOS VENCIMENTOS LASTREADO EM DIAS NÃO TRABALHADOS - LEGALIDADE - DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO.
> Para a apuração de faltas não é necessário sequer a instauração da sindicância. O desconto das faltas no serviço não constitui punição ao

servidor faltoso. Ademais, a sindicância instaurada, *ad cautelam*, obedeceu rigorosamente o principio da ampla defesa, não cabendo ao indiciado apontar-lhe defeitos ou irregularidade. Recurso improvido.
(RMS 1799/BA, 1.ª Turma, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, DJ de 20/09/1993.)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. DIREITO DE GREVE. DESCONTO SALARIAL.
1. A Constituição assegura ao servidor público o direito de greve, "nos termos e nos limites definidos em lei complementar", o que implica que, para o seu legal exercício, e imprescindível que norma complementar o discipline.
2. Mandado de segurança denegado à vista de que a autoridade tem competência e legitimidade para descontar da remuneração os dias não trabalhados, a menos que o interessado prove que não o fez por motivo legal. Tal desconto não fica na pendência de instauração de processo administrativo, que poderá ser determinado se e quando o interessado reclamar, por forma regular, ilegalidade dos descontos oferecendo as provas que tiver.
3. Litisconsorte passivo necessário e aquele a quem a concessão da segurança poderá afetar. No caso apontado um litisconsorte.
4. Recurso conhecido e desprovido.
(RMS 2.715/SC, 5.ª Turma, Rel. Ministro JESUS COSTA LIMA, DJ de 13/09/1993.)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO. DIREITO DE GREVE PENDENTE DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. DESCONTOS DE FALTAS.
1. Ao funcionário publico, a Constituição defere o exercício do direito de greve "nos termos e nos limites definidos em lei complementar".
2. À toda relação de trabalho e ínsito o dever de assiduidade, inclusive de parte do funcionário publico, podendo a Administração descontar dos vencimentos os dias não trabalhados em que o servidor permaneceu em greve, constituindo ônus dele provar eventuais erros quanto às faltas e aos valores descontados.
3. Inexistência de direito líquido e certo.
4. Recurso conhecido, mas desprovido.
(RMS 2.689/SC, 5.ª Turma, Rel. Ministro JESUS COSTA LIMA, DJ de 16/08/1993.)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. AFASTAMENTO PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. ATESTADO PARTICULAR. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO. VALIDADE. DESCONTO DOS DIAS NÃO TRABALHADOS. PROCESSO DISCIPLINAR. DESCABIMENTO.
1. Para fazer jus ao gozo da licença para tratamento de saúde sem prejuízo da remuneração, a lei exige inspeção por médico ou junta médica oficial que pode ser realizada, inclusive, na residência do servidor quando necessário, podendo ainda ser aceito, alternativamente, atestado passado por médico

> particular, desde que homologado pelo setor médico.
> 2. Não se mostra desarrazoada ou exorbitante dos limites do poder regulamentar a resolução que, à falta de norma disciplinadora da lei federal à época, fixa prazo para a apresentação do atestado médico particular para homologação, sob risco de que já tenha terminado o tratamento de saúde quando vier a ser concedido o afastamento ao servidor.
> 3. Deixando de apresentar atempadamente o atestado particular para homologação, não é ilegal ou abusivo o ato que importou no desconto dos dias em que o servidor não compareceu ao serviço, nem justificou sua falta, nos estritos limites do artigo 44 da Lei nº 8.112/90.
> 4. É descabida a instauração de Processo Administrativo Disciplinar quando não se colima a aplicação de sanção disciplinar de qualquer natureza, mas o mero desconto da remuneração pelos dias não trabalhados, pena de enriquecimento sem causa por parte do servidor público.
> 5. Recurso ordinário improvido.
> (RMS 28.724/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 04/06/2012)

No mais, ressalto que a impetrante não tem o condão de "...discutir a confiabilidade do sistema de frequência dos servidores ministeriais e sim a possibilidade ou não de haver descontos em vencimentos (…) de servidores públicos sem prévio procedimento destinado a assegurar aos interessados o exercício da ampla defesa e do contraditório constitucional." (fl. 5)

Assim sendo, encontra-se superada a tese advogada pela impetrante, nos moldes da fundamentação jurídica alhures assentada.

De outra banda, se acaso fosse desdobrar as razões aludidas pela impetrante quanto à suposta falha do sistema de controle de frequência da instituição, necessariamente reclamaria dilação probatória, sendo imprópria a via eleita, ante a inexistência de direito líquido e certo dos servidores públicos, ora em destaque (arts. 1º e 10 da Lei nº 12.016/2009).

Diante de todo o exposto, DENEGO A SEGURANÇA.

Custas a cargo do autor. Todavia, deixo de condená-lo ao pagamento de honorários advocatícios por expressa vedação legal (art. 25 da Lei nº 12.016/2009).

É como voto.

Fortaleza, 6 de fevereiro de 2014.

Jurisprudência Criminal

APELAÇÃO CRIME

PROCESSO: 0487498-78.2010.8.06.0001 – APELAÇÃO
APELANTE – LEANDRO MOREIRA PARENTE
APELADO – A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATORA: DESEMBARGADORA FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENOR. RECURSO DA DEFESA.

1. PRELIMINAR DE NULIDADE. NÃO CONHECIMENTO. QUESTÕES ALEGADAS SE REFEREM AO MÉRITO, NÃO SE APONTANDO QUALQUER VÍCIO NA DECISÃO.

2. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE ROUBO SIMPLES TENTADO. IMPOSSIBILIDADE. MAJORAÇÃO EM FACE DA PRÁTICA DA CONDUTA DELITUOSA EM CONCURSO DE AGENTES. CRIME DE ROUBO CONSUMADO. INVERSÃO DA POSSE DA *RES FURTIVAE*. SÚMULA Nº 11 DO TJCE.

3. PLEITO ABSOLUTÓRIO COM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ART. 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA CONFIGURADA. AÇÃO EFETIVA DO MENOR.

4. CRIME DE ROUBO. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. PARCIAL PROVIMENTO. MANUTENÇÃO DA PENA RECLUSIVA FIXADA NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. *QUANTUM* DA PENA PECUNIÁRIA ESTABELECIDO ACIMA DO PATAMAR MINIMO. REDIMENSIONAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E DESPROPORCIONALIDADE COM A PENA RECLUSIVA. Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº. 0487498-78.2010.8.06.0001, oriundos da 10ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, em que figura como apelante Leandro Moreira Parente.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer parcialmente

do recurso de apelação, para lhe conceder parcial provimento na parte conhecida, redimensionando a pena pecuniária atinente ao crime de roubo, em consonância com o voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 27 de janeiro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso apelatório interposto por Leandro Moreira Parente, condenado pela prática do delito previsto no art.157, §2,° II, do Código Penal c/c art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de pena de seis anos e quatro meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, cumulada ao pagamento de quarenta dias-multa, calculado o dia-multa na razão de 1/30(um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Consta na exordial:

> "no dia 03/12/2010, por volta de 03h00min, em frente a churrascaria Espeto Mil, na Rua Coronel João de Oliveira em Messejana, nesta Urbe, juntamente com o menor de idade conhecido por "Augustinho", utilizando-se de "sugesta" abordaram a vítima Liliana Rodrigues Alves e sua amiga, gritando e ameaçando as duas, exigindo que entregassem os seus pertences, momento em que subtraíram a bolsa da Sra. Liliane Rodrigues Alves e empreenderam fuga em uma bicicleta, em direção à Lagoa de Messejana. Após o assalto, a polícia foi acionada, e em diligências, capturou os dois indivíduos que haviam escondido os pertences roubados em baixo de um veículo, mas acabaram mostrando aos policiais o paradeiro do fruto do assalto"

Através da referida sentença (fls.83/93), acolheu-se o pleito apresentado pelo Ministério Público, julgando-se procedente a acusação, condenando-se o apelante nos termos do art. 157,§ 2°, II do Código Penal c/c art. 244, "b" do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao cumprimento das penas já mencionadas, decisão publicada em 26 de maio de 2011.

Representante ministerial e advogado intimados às fls. 93v.

Recurso apelatório ofertado pela Defesa à fl.95 e réu intimado à fl.97.

Carta de guia provisória (fls.100/101).

Razões ofertadas nesta Superior instância (fls.114/119), ato em que requereu a nulidade do processo, desde o início, nos termos do art. 564, III do Código de Processo Penal, sob a alegação de que não estar-se-ia configurado o crime de roubo majorado consumado e, sim, de roubo simples tentado e, que não ocorreu o crime de corrupção de menores.

Aduz o apelante que houve " 'error in judicando' praticado pelo Juízo monocrático, sendo necessário um novo julgamento, reconhecendo o apelante incurso unicamente no art. 157, c/c 14, II do Código Penal". Requer, ainda, a redução da pena com relação ao crime de roubo e, a absolvição do apelante da imputação relativa ao delito de corrupção de menores. No azo, teceu o apelante considerações atinentes ao direito de recorrer em liberdade, embora não tenha formulado nenhum pedido a respeito.

Contrarrazões do recurso com manifestação pela confirmação da r.sentença (fls.123/126). No mesmo sentido, o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 131/134).

É o breve relatório.

À douta revisão.

Fortaleza, 28 de Março de 2014.

VOTO

Como relatado, trata-se de recurso apelatório interposto por Leandro Moreira Parente, condenado ao cumprimento da pena reclusiva de 06(seis) anos e 04(quatro) meses de reclusão, cumulada ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, calculado o dia-multa na razão de um trigésimo do salário mínimo, pela prática do crime previsto no art.157, §2º, II, do Código Penal Brasileiro e art. 244, "b" do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE.

Inicialmente, requer o apelante, em confusa argumentação, seja declarada a nulidade do *decisum*, de forma genérica, nos termos do art. 564, III do Código de Processo Penal, sob a seguinte alegação:

> "A afirmação surge ao se proceder a uma análise minuciosa do conjunto probatório constante dos autos, o que por si só é suficiente para que seja o réu como incurso no art. 157, c/c 14, II do Código Penal e não no art. 157, §2°, inciso II c/c 244-B do ECA, conforme afirmara o fiscal da lei. Portanto, a desclassificação do aludido delito se impõe.
> (...)
> Portanto, há de ser reconhecido o *error in judicando* praticado pelo juízo monocrático um novo julgamento, reconhecendo o apelante incurso unicamente no art. 157, c/c 14, II do Código Penal. Consequentemente, a diminuição da pena estipulada"

A propósito, dispõe o art. 564,III do Código de Processo Penal:

> A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
> (...)
> III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:
> (...)
> m) a sentença;
> (…)

A questão suscitada pelo recorrente não diz respeito à nulidade, mas ao próprio mérito, uma vez que não foi apontada qualquer ausência de fundamentação na decisão vergastada, ou qualquer vício. O apelante fez meras referências superficiais acerca da prova colhida, motivos pelos quais deixo de conhecer a preliminar de nulidade suscitada.

Outrossim, uma vez que ao final foi requerida a desclassificação do delito para roubo simples e a absolvição pelo crime de corrupção, a seguir passo a análise do mérito.

DO MÉRITO

A autoria e materialidade restaram plenamente configuradas, tanto em relação ao crime de roubo majorado, como em relação ao crime de corrupção de menor, estando ambos consubstanciadas nos depoimentos da vitima e das testemunhas, bem como nos termos de apreensão e apresentação de fls.20 e 27 e no próprio auto de prisão em flagrante (fls 5/20).

O réu confessou em juízo haver praticado o roubo em conluio com o menor, tendo sido este o responsável pela menção de estar armado – a conhecida "sugesta" – enquanto que o réu recolhia os pertences da vítima, configurando-se, assim, um verdadeiro *pactum sceleris,* sendo a prova testemunhal, inclusive as declarações da vítima, nesse mesmo sentido.

Portanto, configurado o roubo majorado, nos termos do art. 157, §2º. II, do Código Penal, que assim dispõe:

> **Art. 157** - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:
> **Pena** - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.
> **§ 2º** - A pena aumenta-se de um terço até metade:
> **I** -
> **II** - se há o concurso de duas ou mais pessoas;
> **III** -
> **IV** – (...)
> **V** - (...)

No que pertine ao pleito de desclassificação da conduta o crime de roubo tentado, também não há como ser acolhida. É que o réu foi preso momentos após haver subtraído a *res*, havendo, portanto, a inversão da posse, suficiente para se caracterizar o crime de roubo consumado. Nesse sentido a Súmula n°11, desta Corte:

> "O delito de roubo se consuma no instante em que a detenção da coisa móvel alheia se transforma em posse, mediante o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa, sendo irrelevante que o agente a tenha tranqüila e disponha livremente da *res* furtiva."

Quanto ao crime de corrupção de menores, dispõe o art. 244 – b, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) nos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Portanto, basta que o menor esteja praticando o crime em companhia do agente para que reste configurado o crime em tela, situação que ora se apresenta, conforme já analisada a prova.

Colaciono, a propósito, decisões nesse sentido:

> PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO MENOR.
> 1. É assente neste Superior Tribunal de Justiça, bem como no Supremo Tribunal Federal, o entendimento no sentido de que o crime tipificado no artigo 1º da revogada Lei 2.252/54, atual artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor. 2. Ordem denegada.
> (STJ - HC: 179340 MS 2010/0129005-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 16/08/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/08/2012).

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. ROUBO. ABSOLVIÇÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o crime de corrupção de menores é de natureza formal, bastando a participação do menor no evento criminoso para a configuração do delito. 2. O Tribunal de origem, com apoio nas provas dos autos, concluiu por comprovados autoria e materialidade delitivos. Alterar esse entendimento implicaria adentrar no universo fático-probatório dos autos, vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (STJ - AgRg no AREsp: 289884 DF 2013/0038805-8, Relator: Ministra

> ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), Data de Julgamento: 18/04/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/04/2013).

Assim, descabidos os pleitos de desclassificação para o crime de roubo simples tentado e de absolvição com relação ao crime de corrupção de menor.

No que pertine à pena aplicada para o crime de roubo, repudiada nas razões recursais, também não merece ser alterada, uma vez que foi fixada no patamar mínimo legal, ou seja, quatro anos, e acrescida da fração atinente a majorante, exasperada em grau mínimo, ou seja, 1/3(um terço), totalizando cinco anos e quatro meses de reclusão.

No que pertine à sanção pecuniária, muito embora a magistrada tenha fixado a pena privativa de liberdade no patamar mínimo legal - quatro anos de reclusão – após analisar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal – não procedeu da mesma forma com relação à primeira. Isso porque foi a pena-base pecuniária fixada em 30(trinta) dias-multa, quando o mínimo legal previsto é de dez dias-multa, desrespeitando a exigência da fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal, faz-se mister o redimensionamento dessa reprimenda, contemplando-se, inclusive, a proporcionalidade com a pena reclusiva.

Destaco, por oportuno, os seguintes julgados:

> APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME AMBIENTAL (LEI N. 9.605/98, ARTS. 46, 50 e 15, II, 'A', 'D' E 'Q')- SENTENÇA CONDENATÓRIA - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - INSURGÊNCIA RELATIVA AO *QUANTUM* APLICADO - **AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO (CF, ART. 93, IX)- IMPORTE QUE DEVE GUARDAR PROPORCIONALIDADE COM O LAPSO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE** E COM A SITUAÇÃO ECONÔMICA DO RÉU - REDUÇÃO IMPOSTA.
> I - É cediço que para a fixação do valor da prestação pecuniária substitutiva da reprimenda corporal, devem ser levados em conta dois parâmetros, a saber: a proporcionalidade com a pena privativa de liberdade substituída e a situação sócioeconômica do réu. II - **Assim, uma vez carente de motivação o valor determinado a título de prestação pecuniária arbitrada pelo juízo de origem, cabe a esta corte reduzi-lo ao mínimo legal**.
> (TJ-SC - ACR: 237158 SC 2010.023715-8, Relator: Salete Silva Sommariva, Data de Julgamento: 21/06/2011, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n. , de Campo Belo do Sul).

> RECURSO ESPECIAL Nº 1.161.859 - RJ (2009/0202330-8) RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ RECORRENTE : SÉRGIO LACERDA CAMPOS ADVOGADO : TERESA DA SILVA MOREIRA - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. VERBETE SUMULAR N.º 7 DESTA

> CORTE. DISSENSO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. FIXAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA. OBEDIÊNCIA AO SISTEMA TRIFÁSICO. **APLICAÇÃO DA PENA RECLUSIVA NO MÍNIMO E MAJORAÇÃO EXCESSIVA DA PENA DE MULTA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃ**O. IMPROPRIEDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.
> (...) **A individualização da pena pecuniária (fl. 86) deve obedecer ao sistema trifásico de fixação da pena. Assim, fixada a pena reclusiva no mínimo legal previsto para esse crime, a pena de multa deve seguir os mesmos critérios utilizados para a fixação da pena privativa de liberdade. (...)** . MINISTRA LAURITA VAZ Relatora.
> (STJ - REsp: 1161859, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Publicação: DJe 03/08/2010)

> APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO. ART. 157, § 3 (2ª PARTE) C/C ART. 29, AMBOS DO CP. CONDENAÇÃO. RECURSOS DA DEFESA. PRIMEIRO RECURSO JULGADO DESERTO. FUGA DO RÉU. NÃO CONHECIMENTO. SEGUNDO PLEITO RECURSAL PUGNANDO PELA ABSOLVIÇÃO. IMPROVIMENTO. REDUÇÃO, *EX OFFICIO*, DAS PENAS PECUNIÁRIAS DE AMBOS OS RÉUS E DA PENA RECLUSIVA DO RÉU CUJO RECURSO NÃO FOI CONHECIDO.
> No crime de latrocínio praticado em co-autoria, é despicienda a indagação de quem tenha efetivamente sido o autor do disparo fatal, eis que, ajustado o roubo, e inclusive estando ambos os agentes armados, assumiram o risco do resultado morte, não havendo que se falar em ausência de liame entre sua conduta e a morte da vítima. **Consideradas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, tanto que a pena-base corporal foi fixada em seu mínimo legal, o mesmo raciocínio deve ser utilizado para se estabelecer a pena de mult**a. Conforme entendimento jurisprudencial assentado em nossos Tribunais Superiores, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem, em face do princípio da não-culpabilidade, ser considerados para fins de exacerbação da pena-base. Recurso improvido. Redução, *ex officio*, da pena pecuniária do réu Lauro e das penas do réu Osni.
> (TJ-PR - ACR: 3213354 PR 0321335-4, Relator: Bonejos Demchuk, Data de Julgamento: 24/08/2006, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 7214)

Assim, considerando a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, fixo a pena-base pecuniária em dez dias-multa, e em face da presença da majorante prevista em art. 157, §2º, II, do Código Penal, exaspero-a em 1/3(um terço), totalizando 13(treze) dias-multa.

No que pertine ao crime de corrupção de menores (art.244-B do ECA), a pena pecuniária foi fixada no patamar mínimo legal, ou seja, dez dias-multa, devendo, portanto ser mantida.

ISSO POSTO, em parcial consonância com o parecer da Procuradoria de Justiça, conheço parcialmente do recurso, deixando de conhecer da preliminar de

nulidade arguida, e, no mérito, concedo parcial provimento, com o redimensionamento da pena pecuniária definitiva (considerado o somatório das penas pecuniárias em ambos os crimes) em 23(vinte e três) dias-multa.

É como voto.

Fortaleza, 27 de janeiro de 2014.

PROCESSO Nº: 647-82.2005.8.06.0064/0
APELAÇÃO CRIME: 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CAUCAIA
APELANTE: BRUNO SILVA PONTES
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE. PALAVRAS DA VÍTIMA. INTENSO VALOR PROBANTE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INVIABILIDADE. EMPREGO DE ARMA DE FOGO POR UM DOS COMPARSAS. COMUNICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS OBJETIVAS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1 – Nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima que narra com coesão e clareza o fato delituoso, assume especial relevo, principalmente quando corroborada por outros elementos de prova e, ainda, quando não há provas ou razões para injustamente incriminar o réu, não se cabendo falar em absolvição do apelante.

2 – A incidência da causa de diminuição de pena pela participação de menor importância exige prova inequívoca de que a conduta que concorreu para o crime foi mínima, irrisória, significando dizer que, com ou sem a conduta do apelante, o crime se consumaria, não se ajustando, tal benefício, à conduta de quem é o fornecedor de informações que influenciaram de maneira decisiva no êxito da empreitada delituosa.

3 – A majorante do uso de arma de fogo deve incidir sobre todos os agentes, por se tratar de circunstância a todos comunicável, não havendo falar em expurgo de tal qualificadora na dosimetria da pena do apelante.

4 – Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em **conhecer** da apelação interposta, **para lhe negar provimento,** nos termos do voto do Relator, parte integrante deste.

Fortaleza, 04 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

Bruno Silva Pontes, devidamente qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público por incorrer no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro, por fato ocorrido no dia 06 de dezembro de 2004.

O recorrente foi condenado a 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, devendo a pena privativa de liberdade ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto.

Demonstrando inconformismo, o apelante interpôs o presente recurso de apelação, com razões às fls. 272/277, requerendo a absolvição por falta de provas, na forma do artigo 386, VII do CPP. Subsidiariamente, roga pelo conhecimento da menor participação do acusado no delito em tela, nos termos do artigo 29, §1º do CPB.

Contrarrazões apresentadas pelo Promotor Público às folhas 285/287, defendendo a sentença e pugnando por sua manutenção, enquanto a douta Procuradoria Geral da Justiça, nos termos do parecer de fls. 315/320, opina pelo conhecimento do recurso, pugnando, tão somente, pelo redimensionamento da pena, com a exclusão da causa especial de aumento prevista no inciso I, do artigo 157, do Código Penal Brasileiro – uso de arma, mantendo-se inalterados os demais termos da sentença.

O feito físico foi distribuído para este gabinete no dia 02/08/2013, vindo concluso para apreciação.

Era o que se tinha a relatar, determinando a remessa dos autos à D.D. Revisora para os devidos fins.

VOTO

Por não incorrer em nenhuma circunstância ensejadora de inadmissibilidade, tal recurso é conhecido.

O recurso em questão limita-se a apreciar a apelação interposta por BRUNO SILVA PONTES, condenado a 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprido inicialmente em regime semiaberto, pela prática de roubo majorado pelos incisos I e II, do parágrafo 2º, do artigo 157, do Código Penal Brasileiro.

A Defesa pugna pela absolvição do réu, com a consequente reforma da decisão proferida pelo Magistrado a quo, fundamentado no artigo 386, VII do CPP, por defender suposta carência probatória suficiente a embasar o decreto condenatório, pleiteando, ainda, em caráter subsidiário, o reconhecimento da menor participação do acusado no delito em tela, nos termos do artigo 29, parágrafo 1º do CPB.

Isto posto, conforme demonstrado a seguir, percebe-se que ambos os pedidos apresentados pelo apelado não merecem prosperar, haja vista a sentença do juiz mostrar-se corretamente elaborada, não se encontrando eivada de equívocos no julgamento que ensejem uma modificação em seu conteúdo.

Primeiramente, demonstra-se que a condenação do apelado se encontra corretamente amparada nas provas colhidas durante a instrução, restando plenamente comprovada a autoria e a materialidade do delito.

Nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima que narra com coesão e clareza o fato delituoso assume especial relevo, principalmente quando corroborada por outros elementos de prova e, ainda, quando não há provas ou razões para injustamente incriminar o réu.

EVELANE FERREIRA PONTES, vítima, ao prestar depoimento, esclarece o ocorrido no dia do fato:

> "que no dia do fato a depoente estava chegando em casa em seu veículo Corsa Sedan acompanhada de seu esposo Edvaldo (…) quando foram abordados por dois homens em uma moto; que o condutor da moto estava de capacete e o outro de rosto limpo; que ao parar o veículo o garupeiro da moto desceu de arma em punho já praticando o assalto, lhe ordenando que entregasse a bolsa; (…) que realmente o assaltante, ao receber a bolsa da depoente, perguntou se estava tudo dentro da bolsa, referindo-se ao dinheiro, tendo o esposo da depoente dito que sim; (…) que em seguida os assaltantes fugiram de moto; a depoente confirma que após o assalto tanto ela quanto seu esposo desconfiaram que o seu enteado BRUNO SILVA PONTES, havia participado de alguma forma do assalto; (…) tendo então o esposo da declarante relatado a sua suspeita para um amigo dele que é policial, que este policial ligou para Bruno e se fez passar como um dos assaltantes, tendo exigido que Bruno lhe desse R$100,00 (cem reais); (…) que no decorrer da conversa, Bruno confessou que havia "passado a parada", que de posse dessa informação, o esposo da declarante entrou em contato com o sargento Ronivaldo da delegacia de roubos e furtos, o qual foi até o armazém da depoente e falou com Bruno, tendo este confessado que havia repassado alguns dados para os assaltantes (…) que depois desse fato ficou muito difícil o relacionamento de seu esposo com o Bruno; que depois desse fato Bruno não mais frequenta a casa do depoente; (...)" (fls. 159/160)

Desse modo, apesar da tese de negativa de autoria abraçada pelo apelante, mostra-se irrefutável a participação deste na prática criminosa.

Ato contínuo, a incidência da causa de diminuição pela participação de menor importância exige prova inequívoca de que a conduta que concorreu para o crime foi mínima, irrisória, significando dizer que, com ou sem a participação do apelante, o crime se consumaria. Desse modo, não se ajusta tal benefício à conduta de quem é o fornecedor de informações que influenciaram de maneira decisiva no êxito da empreitada delituosa.

Assim, ver-se a impossibilidade de acolhimento do pleito subsidiário, qual seja, o da menor participação do apelante, uma vez que as informações por ele prestadas apresentam-se ativa e diretamente ligadas com a execução do crime praticado pelo corréu, caracterizando a sua participação como decisiva para o resultado criminoso.

Em prosseguimento, passo a analisar a alegação apresentada pela Procuradoria Geral de Justiça, em sede do parecer de folhas 315/320, pleiteando pela exclusão, na dosimetria da pena do apelante, da majorante prevista no artigo 157, inciso I do CPB.

Com a devida vênia, entendo que a alteração propugnada em referido parecer não merecer prosperar, uma vez que a causa especial de aumento do uso de arma de fogo deve incidir sobre todos os agentes, por se tratar de circunstância a todos comunicável, não havendo falar em expurgo de tal qualificadora na dosimetria da pena do apelante.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que esclarecem o tema:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO - EMPREGO DE ARMA DE FOGO - CONCURSO DE AGENTES - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PROVAS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE - PALAVRAS DA VÍTIMA - INTENSO VALOR PROBANTE - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - INVIABILIDADE - INTELIGÊNCIA DO DITADO POPULAR: 'QUEM SEGURA ESCADA PARA LADRÃO, LADRÃO É' - EMPREGO DE ARMA DE FOGO POR UM DOS COMPARSAS - COMUNICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS OBJETIVAS - PRESCINDIBILIDADE DO EFETIVO USO DA ARMA PARA CONFIGURAÇÃO DA GRAVE AMEAÇA - SENTENÇA MANTIDA.
> **1. Restando comprovadas a autoria e materialidade do delito, não há como acolher a pretendida absolvição por fragilidade da prova.**
> **2. As provas amealhadas ao longo da instrução são mais do que suficientes para ensejar a condenação, ainda mais quando a negativa se apresenta isolada e dissociada do conjunto probatório dos autos.**
> **3. A palavra da vítima, quando indubitavelmente eivada de coerência e credibilidade autorizam a condenação do acusado nos moldes da peça vestibular apresentada.**

> 4. O agente que participa da abordagem da vítima, em que se lhe é feita a grave ameaça e, ainda, efetua, juntamente com os comparsas, a subtração da *res furtiva*, não exerce participação de menor importância, mas verdadeira co-autoria.
> 5. **Ainda que um só dos agentes empunhe a arma, tal circunstância, de natureza objetiva, comunica-se a todos os demais autores, até porque seria circunstância elementar da forma qualificada do crime**. Recurso não provido.
> (Apelação Criminal 1.0775.04.000678-2/002, Relator(a): Des.(a) Walter Luiz, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/03/2013, publicação da súmula em 04/04/2013) (destaquei)
>
> APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - AUTORIA CERTA - AGENTE ENCONTRADO NA POSSE DE PARTE DOS BENS SUBTRAÍDOS - RECONHECIMENTO PRECISO DAS VÍTIMAS - ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL NO CASO - CONCURSO DE AGENTES E USO DE ARMA DE FOGO - CIRCUNSTÂNCIAS BEM COMPROVADAS - AUMENTO À METADE - CULPABILIDADE ACENTUADA - SENTENÇA MANTIDA - APELO IMPROVIDO.
> - Encontrado o agente na posse de parte dos bens subtraídos mediante grave ameaça, também apreendida na residência em que estava o imputado a arma de fogo utilizada no crime, cuidando-se de réu reconhecido por diferentes vítimas, há contexto probatório suficiente à condenação. - **Perpetrado o delito mediante o uso de arma de fogo, e também em concurso de pessoas, impende manter as causas de aumento respectivas, não sendo necessária a identificação do corréu que atua em apoio ao condenado para tanto, enquanto comunica-se a todos os envolvidos a circunstância objetiva do emprego do artefato lesivo**. - Admite a jurisprudência, quando incidentes no caso duas causas de aumento, a elevação das penas do roubo à metade, principalmente se atua o agente em maior culpabilidade. - Apelo improvido.
> (Apelação Criminal 1.0637.09.073962-3/001, Relator(a): Des.(a) Ediwal Jose de Morais , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 01/07/2010, publicação da súmula em 13/08/2010) (destaquei)

Ante tais considerações, conheço do recurso para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se, na íntegra, a condenação imposta pelo Magistrado sentenciante.

É o voto.

Fortaleza, 04 de novembro de 2013.

PROCESSO: 0000232-81.2004.8.06.0146 – APELAÇÃO
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
APELADO: FRANCISCO DA CRUZ SOUZA
RELATOR: DES. PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 302, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. HOMICÍDIO CULPOSO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. OMISSÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RETIFICAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Estando comprovado nos autos que o réu não possuía habilitação para dirigir veículo automotor, por ocasião da prática do delito culposo, deve ser aplicada a causa de aumento de pena prevista no inciso I do parágrafo único do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro.
2. Recurso conhecido e provido. Pena redimensionada.

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, em consonância com o parecer ministerial, em julgar PROCEDENTE o recurso interposto, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal, interposta pelo Ministério Público Estadual, buscando a reforma da sentença exarada nos autos da presente ação penal, **às** fls. 355/359, publicada em 16.03.2011, que o condenou por incursão no art. 302, da Lei n. 9.503/97, a uma pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção, tendo o magistrado substituído a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, quais sejam, uma pena pecuniária no valor de 10 (dez) salários mínimos, a serem pagos à família da vítima fatal, e uma de prestação de serviços à comunidade, à base de uma hora por dia de condenação.

Irresignado, o Ministério Público interpôs a presente apelação (fls. 362/367), alegando que a sentença de primeiro grau merece ser reformada, uma vez que deveria incidir a causa de aumento de pena do inciso I do parágrafo único do art. 302 do CTB "não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação", vez que restou comprovado nos autos que o réu não possuía habilitação, tendo inclusive o magistrado utilizado tal fato como circunstância judicial desfavorável ao réu no cômputo da pena-base.

Recebido e contrariado o recurso, a defesa pugnou pelo improvimento do apelo (fls. 384/389).

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento da apelação (fls. 404/407).

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 Estadual, buscando a reforma da sentença exarada nos autos da presente ação penal, às fls. 355/359, publicada em 16.03.2011, que o condenou por incursão no art. 302, da Lei n. 9.503/97, a uma pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção, tendo o magistrado substituído a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, quais sejam, uma pena pecuniária no valor de 10 (dez) salários mínimos, a serem pagos à família da vítima fatal, e uma de prestação de serviços à comunidade, à base de uma hora por dia de condenação.

Irresignado, o Ministério Público interpôs a presente apelação (fls. 362/367), alegando que a sentença de primeiro grau merece ser reformada, uma vez que deveria incidir a causa de aumento de pena do inciso I do parágrafo único do art. 302 do CTB "não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação", vez que restou comprovado nos autos que o réu não possuía habilitação, tendo inclusive o magistrado utilizado tal fato como circunstância judicial desfavorável ao réu no cômputo da pena-base.

Analisando-se a sentença guerreada, percebe-se que a mesma merece ser reformada.

É que, estando comprovada a ausência de habilitação ou permissão para dirigir veículo automotor, deve ser aplicada a causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do parágrafo único do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, *in verbis*:

> Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:
> Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
> Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente:
> I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação; […]

Colaciono jurisprudência pátria nesse sentido:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE TRÂNSITO - HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - AGENTE NÃO HABILITADO PARA CONDUZIR CAMINHÃO - IMPRUDÊNCIA CONFIGURADA - ATIPICIDADE DO FATO POR CASO FORTUITO - INOCORRÊNCIA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PROVAS CONTUNDENTES À CONDENAÇÃO - AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO PARA CONDUZUIR VEÍCULO AUTOMOTOR - QUALIFICADORA RECONHECIDA - INTELIGÊNCIA DO ART. 302, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI 9.503/97 - PENA DE SUSPENSÃO OU PROIBIÇÃO PARA OBTENÇÃO DE HABILITAÇÃO PARA CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR - NECESSIDADE - REPRIMENDA PREVISTA NO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.
> - Existindo elementos probatórios capazes de elucidar o convencimento do julgador no sentido de atribuir ao réu exclusiva responsabilidade pelo evento danoso, mormente diante da sua imprudência ao dirigir veículo para o qual não era habilitado, a condenação é a medida de rigor.
> - Não há que se cogitar a atipicidade da conduta por caso fortuito, se a imprudência do réu foi a principal causa do evento morte, havendo, portanto, inegável nexo causal entre a sua ação e o resultado.
> **- Estando o réu, no momento dos fatos, inabilitado para conduzir veículo automotor, imperioso a incidência da causa especial de aumento, prevista no art. 302, parágrafo único, inciso I da Lei Federal nº 9.503/97.**
> - A pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, faz parte do preceito secundário do art. 302, sendo imprescindível a sua aplicação quando da condenação do réu.
> (Apelação Criminal 1.0388.10.000206-1/001, Relator(a): Des.(a) Jaubert Carneiro Jaques , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/11/2013, publicação da súmula em 25/11/2013) Grifo nosso.

Depreende-se da sentença vergastada que o magistrado, ao aplicar a pena, assim o fez:

> Passo à análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal.
> Culpabilidade: dirigia sem habilitação, o que demonstra elevado grau de

> reprovabilidade.
> Antecedentes: não possui antecedentes.
> Conduta Social: não foi apurada.
> Personalidade: não foi apurada.
> Motivos: não se encontram delineados.
> Circunstâncias: imprudência própria do tipo penal na modalidade culpa.
> Consequências: morte de uma vítima, já contabilizada no tipo.
> Comportamento da vítima: a vítima em nada colaborou.
> Grau de reprovabilidade médio.
> FIXAÇÃO DA PENA.
> Feitas estas considerações, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção, tornando-a definitiva já que ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Reconheceu, portanto, que o réu não possuía habilitação para dirigir veículo automotor, entretanto, utilizou tal fato na aferição das circunstâncias judiciais, ainda na primeira fase de aplicação da pena, quando o art. 302 do CTB estabelece que esta circunstância é uma causa de aumento de pena, devendo, pois, ser aplicada somente na terceira fase de aplicação da reprimenda.

Assim sendo, dou provimento ao apelo para modificar a sentença atacada, somente no tocante à dosimetria da pena, para aplicar, adequadamente, a causa de aumento de pena prevista no inciso I do parágrafo único do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, permanecendo inalterada a condenação em seus demais termos.

Passo, pois, a retificar a reprimenda aplicada na sentença de fls. 355/359.

Partindo da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, excluo a circunstância utilizada na aferição da culpabilidade do réu, que se referia à ausência de habilitação para dirigir veículo automotor, posto que esta somente será utilizada em fase posterior da dosimetria da pena. Assim, não havendo quaisquer circunstâncias desfavoráveis ao réu, a pena base há de ser aplicada em seu patamar mínimo legal, motivo pelo qual estabeleço-a em 02 (dois) anos de detenção.

Em segunda fase de aplicação da pena, não se verificam circunstâncias atenuante ou agravantes, permanecendo inalterada a pena provisória.

Na terceira fase da dosimetria, ausentes quaisquer causas de diminuição da pena, aplico a causa de aumento de pena prevista no inciso I do parágrafo único do art. 302 do CTB, vez que o réu dirigia sem habilitação, majorando a pena em 1/3 (um terço), que equivale a 08 (oito) meses, pois as circunstâncias judiciais não autorizam majoração em patamar superior ao mínimo. Dessa forma, torno a pena concreta e definitiva em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, em regime aberto.

Mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, já levada a efeito pelo magistrado quando da prolação da sentença condenatória.

EM FACE DO EXPOSTO,

Conheço do apelo para, em consonância com o parecer ministerial, dar-lhe provimento, aplicando a causa de aumento de pena prevista no inciso I do parágrafo único do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, estabelecendo a pena privativa de liberdade em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, em regime aberto, mantendo, entretanto, a substituição da mesma por duas restritivas de direito, nos termos acima.

É como voto.

Fortaleza, 19 de dezembro de 2013

PROCESSO: 0000381-73.2008.8.06.0005 – APELAÇÃO
APELANTE: ARKLEY COELHO BRITO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA PENAL. APELAÇÃO CRIME. LESÃO CORPORAL CULPOSA NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. INVASÃO DE VIA PREFERENCIAL. CONFISSÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS NÃO CONTESTADAS. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. INOCORRÊNCIA. NÃO TRANSCORRÊNCIA DO LAPSO TEMPOPRAL EXIGIDO POR LEI. MÉRITO. PENA. ALEGAÇÃO DE INJUSTIFICADA EXASPERAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.
Desarrazoado pedir-se lenificação da reprimenda a quem teve a pena-base fixada acima do minimo legal, após análise minudente das circunstâncias judiciais e, da mesma forma, agravada conforme expressa previsão legal.
EQUÍVOCO DO JULGADOR AO NÃO APLICAR A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECURSO, NO PONTO, PROVIDO.
RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, dando-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 03 de fevereiro de 2013.

RELATÓRIO

Inconformado com sua condenação a dois anos e seis meses de detenção, mais proibição de dirigir por dez meses, pelo cometimento de crime capitulado no art.

303, **caput**, do Código de Trânsito Brasileiro (lesão corporal culposa na direção de veículo automotor), apelou o sobrenomeado, alegando, preliminarmente, ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

No mérito pugnou pela lenificação da censura penal que lhe foi imposta, ao seu sentir injustificadamente exacerbada.

Recurso contra-arrazoado, a PGJ, em parecer, opinou pelo seu, parcial, provimento.

É o relatório.

Peço data.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade em razão do que dele conheço.

Consta da exordial acusatória que no dia 16 de fevereiro de 2008, às 22h40min, na Rua Carlos Vasconcelos esquina com a Rua Tenente Benévolo, em Fortaleza, o apelante, na direção de um veículo modelo Honda/Civic, desrespeitou a regra de preferência da via pela qual transitava vindo a interceptar a trajetória do automóvel Pajero, que seguia na perpendicular, e com isso lesionar Rita Nunes Lopes, Rosa Júlia Plá Coelho e Maria Hélia Bezerra Lluch.

A materialidade delitiva está exatificada, assim como a autoria pois o apelante a confessou, em juízo, razão pela qual o recurso se limita a dois pontos: ocorrência da prescrição retroativa e injustificada exacerbação da censura penal.

Sobre o primeiro ponto, ocorrência da prescrição, creio ter laborado a defesa em equívoco.

Como já dito, o apelante restou sentenciado a dois anos e seis meses de detenção, em regime aberto, ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva estatal, pela transcorrência do prazo de 8 (oito) anos, segundo dicção do inciso IV do art. 109 da lei substantiva penal.

Considerando as causas interruptivas da prescrição, observa-se que a denúncia foi recebida em 2/6/2009 e a sentença publicada em 23/4/2013, vendo-se, a curto, a não transcorrência do lapso temporal exigido por lei para a consideração da causa extintiva da punibilidade.

Dessa forma, descabe falar em ocorrência de prescrição retroativa razão pela qual rejeita-se a preliminar.

No mérito, a causa não oferece maiores dificuldades para o seu deslinde.

Relativamente à pena aplicada, a defesa aduz que foi injustificadamente exacerbada.

A respeito, em vislumbre ao dispositivo do julgado objurgado, constato que o sentenciante bem justificou a elevação da pena-base para um ano e seis meses, considerando, para isso, na análise da personalidade e culpabilidade do agente, a "forma debochada com que se portou na delegacia, ao postar fotografia em rede social quando estava no interior da delegacia", além do que, apesar de não restar comprovado através de exame, e por isso, imprópria à configuração de crime autônomo, mas pelos depoimentos colhidos em instrução, o apelante apresentava-se em estado de ebriez alcoólica, circunstância, igualmente, considerada para a majoração da basilar.

Em seguida, o magistrado, de forma objetiva, agravou a reprimenda pela incidência do art. 62, II, "h" do CPB (vítima maior de sessenta anos), assim como pelo fato de o agente, por intermédio de um só ato, ter lesionado três vítimas, aplicando-se-lhe a regra do concurso formal de crimes, a teor do que preconiza art. 70 da lei substantiva penal.

Entretanto, igualmente constato que apesar do apelante ter confessado a autoria, em juízo, conforme depoimento repousante à pág. 260 dos autos virtuais, o judicante deixou de aplicar a atenuante respectiva, razão pela qual, no ponto, a irresignação deve ser provida, reduzindo-lhe a pena privativa de liberdade em 3 (três) meses e a pena acessória prevista no art. 293 do CTB em um mês, restando a censura penal finalizada em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de detenção, regime aberto, e 2 (dois) meses de suspensão da habilitação, inalteradas a verba estipulada a título de reparação, mínima, de danos, bem como a substituição da pena de privação da liberdade levada a efeito pelo sentenciante.

Ante tudo que foi exposto, toma-se conhecimento do recurso, dando-lhe provimento, nos estreitos limites de reconhecer aplicável ao apenado a atenuante da confissão espontânea, e bem assim, fixar-lhe a censura penal em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de detenção, em regime aberto, mais 2 (dois) meses de suspensão da habilitação, inalterado o restante do julgado.

Fortaleza, 03 de fevereiro de 2013.

PROCESSO: 0000756-49.2009.8.06.0099– APELAÇÃO
APELANTE: FRANCISCO GERLAN ALVES DE OLIVEIRA
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. CONDENAÇÃO. EQUÍVOCO NA DOSIMETRIA DA PENA. RETIFICAÇÃO DA CENSURA PENAL.

1. REQUERIMENTO PARA EXPURGO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA ANTE A AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL COMPROBATÓRIO DA POTENCIALIDADE LESIVA DO CONJUNTO ARMA-MUNIÇÃO. IMPROVIMENTO. "(...)A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar a qualificadora do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, já que o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial. Precedentes. Compete ao acusado o ônus de provar que não utilizou arma de fogo ou que a arma utilizada não tinha potencialidade lesiva, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. 4. Ordem denegada." (HC 100187, Relatora Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 16/03/2010, Dje-067 DIVULG 15/04/2010 EMENT VOL-02397-03 PP-01087)

2. INDEVIDA APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E NÃO APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO**.** Nas fases seguintes da dosimetria da pena, equivocou-se a sentenciante, procedendo em desconformidade com o art. 63 do CP e art. 7º da LCP, aplicando, indevidamente ao apenado, a agravante da reincidência, igualmente, deixando de aplicar a atenuante da confissão espontânea.

3. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA RETIFICADA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso manejado, dando-lhe parcial provimento, nos estreitos limites de retificar a pena que lhe foi aplicada, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Condenado a 10(dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa, regime inicial fechado, por roubo duplamente majorado, apelou o sobrenomeado, pretendo lenificar a pena que lhe foi imposta.

Alegou, em síntese: equivocada aplicação da majorante do emprego de arma, ante a inexistência de perícia atestando a potencialidade lesiva da munição que a guarnecia; injusta aplicação da agravante da reincidência, como também que a sentenciante deixou de aplicar a atenuante da confissão espontânea.

Nesses termos, pugnou pela redução da pena que lhe foi imposta.

Apelo confutado, a douta PGJ opinou pelo seu, parcial, provimento.

É o relatório.

À Revisão.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade ensejando seu conhecimento.

O apelante, no dia 31 de março de 2009, por volta das 17:30 horas, na companhia de outro, igualmente condenado, pararam uma Topic, no Km 25 da BR-116 e, logo ao adentrarem em seu interior, de arma em punho, anunciaram o assalto subtraindo a renda do veículo das mãos do cobrador e os pertences dos passageiros. Isso feito, desceram, e empreenderem fuga embrenhando-se num matagal.

A polícia, acionada, diligenciou e conseguiu capturar os assaltantes na posse da arma utilizada no crime e dos bens das vítimas.

O comparsa foi julgado e condenado primeiro, tendo, o ora apelante, sido julgado e igualmente condenado, *a posteriori*, posto que se evadiu do distrito da culpa, retornando o curso da ação penal somente após a sua captura.

Como antedito, o recorrente restou condenado, ante a irrefutabilidade das provas, mormente sua confissão, pretendendo com o apelo a diminuição da reprimenda que lhe foi aplicada, a qual passo a analisar.

Primeiramente, anoto que a tipificação da conduta do réu não merece reparos. Perfeitamente clarificado nas provas constantes dos autos que praticou o crime em concurso com outro e com o emprego de arma, circunstância exatificada pelas provas colhidas em instrução.

A defesa pretende o expurgo da majorante do emprego de arma, ao argumento de que inexiste laudo pericial a atestar a potencialidade lesiva do conjunto arma-munição. De fato o laudo pericial repousante às fls. 93/95 atesta, tão somente a potencialidade lesiva do armamento afirmando terem sido efetuados disparos com ele sem informar se com a utilização dos cartuchos que a guarneciam.

Não obstante, em casos que tais, sabido que simples constatação do emprego do armamento para o cometimento do crime pelas provas colhidas na instrução (depoimento das vítimas, apreensão da arma em poder do assaltantes), ausente mesmo laudo pericial na arma, é meio absolutamente hábil a ensejar o enquadramento da conduta criminosa na forma qualificada prevista no § 2º, inciso I, do art. 157 da lei substantiva penal.

Nesse sentido, manifestou-se recentemente a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

> **"*HABEAS CORPUS*. PENAL. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO DA ARMA E DE PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. ORDEM NEGADA.**
> 1. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
> 2. É desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar a qualificadora do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, já que o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial. Precedentes.
> 3. Compete ao acusado o ônus de provar que não utilizou arma de fogo ou que a arma utilizada não tinha potencialidade lesiva, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.
> 4. Ordem denegada."
> (HC 100187, Relatora Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 16/03/2010, Dje-067 DIVULG 15/04/2010 EMENT VOL-02397-03 PP-01087)

Dito isso e, agora, vislumbrando a dosimetria da censura penal imposta, verifico que a pena-base foi fixada em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão após

análise minudente das circunstâncias judiciais, amplamente desfavoráveis ao apenado, não merecendo, no ponto, retificação.

Entretanto, em continuidade, forçoso reconhecer o equívoco em que incorreu a julgadora monocrática. Isso porque considerou como circunstância agravante o fato do recorrente ter condenação, ao tempo da ação delituosa, com sentença trânsita em julgado, a uma pena de três meses de prisão simples, pelo cometimento de contravenção penal prevista no art. 19 da LCP. Ora, de todos sabido, que o binômio delitivo contravenção-crime, nessa ordem, é impróprio a configurar reincidência, conforme dicção do art. 63 do CPB e do art. 7º da LCP. Ou seja, só se verifica a reincidência nas hipóteses de cometimento de (contravenção/contravenção), (crime/contravenção) e (crime/crime) e não na hipótese de (contravenção/crime).

Dessa forma a agravante da reincidência deve ser expurgada da dosimetria da pena.

Prosseguindo, a magistrada pelo fato de ter considerado a agravante da reincidência e por determiná-la preponderante em relação à atenuante da confissão espontânea, deixou de considerar, esta, na dosimetria da pena, circunstância que, em parelha, deve ser retificada.

Assim considerando, passa-se à retificação da censura penal imposta ao apelante.

À pena-base de seis anos e seis meses de reclusão, mantida, igualmente e pelos motivos expostos na sentença, diminui-se, inicialmente, seis meses, pela atenuante prevista no art. 65, inciso III, do CP (confissão espontânea).

Ausente qualquer agravante ou causa de diminuição de pena, acresce-se, em seguida, a fração de 1/3 pelas majorantes do emprego de arma e concurso de agentes (art. 157, §2, inc. I e II, do CP), alcançando-se o patamar de 8 (oito) anos de reclusão, este definitivo, inalterado o regime de cumprimento da reprimenda, mantida a pena de multa, já aplicada no mínimo legal.

Isso posto, é o presente para tomar conhecimento do recurso manejado, dando-lhe, parcial, provimento, nos estreitos limites de retificar a pena aplicada ao apelante para 8 (oito) anos de reclusão, regime fechado, inalterada a pena de multa aplicada em primeiro grau.

Fortaleza, 24 de fevereiro de 2014.

PROCESSO: 0002362-19.2010.8.06.0054 – APELAÇÃO
APELANTE – VALMIR FRANCISCO ALVES DAS CHAGAS
APELADO – A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATORA: DESEMBARGADORA FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO. 1) PRELIMINAR DE NULIDADE. REJEIÇÃO. NULIDADE NÃO ALEGADA NO MOMENTO DAS ALEGAÇÕES FINAIS. MATÉRIA PRECLUSA. 2) DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DE LATROCÍNIO PARA HOMICÍDIO DOLOSO. CABIMENTO. INSUFICIÊNCIA DE PROVA DO DOLO DE SUBTRAIR COISA ALHEIA, ASSEGURAR A IMPUNIDADE DO CRIME OU DETENÇÃO DA *RES*. Recurso conhecido. Preliminar rejeitada, e no, mérito recurso provido. Concessão de *habeas corpus ex officio* para revogar a prisão cautelar.

I – A nulidade arguida pela Defesa no tocante à elaboração de um laudo pericial realizado na pessoa do apelante – diligência requerida pela Defesa – deve ser rejeitada, uma vez que foi por ela acatado o resultado desse laudo, tanto é que silenciou a respeito, por ocasião do oferecimento das alegações finais, vindo a contestar o documento somente quando da interposição do apelo. Portanto, não alegada no momento oportuno, a questão se encontra preclusa, conforme prevê o art. 571, II do Código de Processo Penal.

II – No que pertine ao mérito, impõe-se a desclassificação do crime de latrocínio (art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal), quando ausente prova suficiente acerca da intenção do agente de subtrair coisa alheia ou garantir, depois desta, a impunidade do crime ou a detenção da coisa subtraída.

III. Realizada a *emendatio libelli*, nos termos do art. 383, §2º do Código de Processo Penal, e verificado que esta Corte não pode julgar os crimes dolosos contra a vida, pois estaria subtraindo a competência constitucional do Tribunal do Júri, devem os autos serem encaminhados ao Juízo competente, onde deverá ser pronunciado o réu, abordando-se eventuais qualificadoras. Após o rito previsto no Código Processo

Penal, será o réu submetido ao Conselho de Sentença.
IV. Por fim, necessária se faz a concessão de *habeas corpus ex officio*, para revogar a prisão cautelar do apelante, por duas razões: ausência dos requisitos da prisão preventiva e, ainda, que os autos serão devolvidos à instância de origem, onde a ação penal deverá ter prosseguimento, e o réu se encontra preso desde o mês de dezembro de 2010. Todavia, deve o réu sujeitar-se ao cumprimento das medidas cautelares estabelecidas no art. 319, I e V, do Código de Processo Penal, e ao comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de imediata revogação da liberdade.
V. Recurso conhecido, preliminar rejeitada, e no mérito provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº 0002362-19.2010.8.06.0054, em face de sentença prolatada pelo Excelentíssimo Senhor Juiz da Vara Única da Comarca de Campos Sales, em que é apelante Valmir Francisco Alves das Chagas.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso, rejeitar a preliminar de nulidade arguida e, no mérito, conceder-lhe provimento, para desclassificar a conduta de latrocínio para homicídio doloso, determinado a remessa dos autos ao Juízo competente, onde deverá ser o réu, analisada a existência de eventual qualificadora, e submetido ao Tribunal do Júri. Concedem, ainda, *habeas corpus ex officio*, para revogar a prisão cautelar do apelante, com a expedição de alvará de soltura, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 10 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso apelatório interposto por Valmir Francisco Alves das Chagas, condenado pela prática do delito previsto no art.157 § 3°, do Código Penal Brasileiro ao cumprimento de pena de 20 (vinte) anos de reclusão, sob regime fechado e ao pagamento de pena pecuniária 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, calculado o dia-multa a razão do um trigésimo do salário mínimo.

Consta na exordial que:

> "No dia 02 de novembro de 2010, por volta das 19:00h, na localidade Sítio Tanquinho, Zona Rural do Município de Campos Sales, os ora denunciados, em harmonia de vontades, mediante grave violência, que resultou na morte de Antônio Francisco da Silva, utilizando-se de uma mão de pilão, miravam subtrair da vítima a quantia, em espécie, de R$350,00(trezentos e cinquenta reais).
> A vítima era proprietária de um bar que funcionava em sua residência, porém, no dia do acontecido os Denunciados a convidaram para beber e comer uma galinha na casa do Denunciado FRANCISCO LIMA DE SOUSA, vulgo Neto, que é primo da vítima.
> Todavia antes de ir ao encontro de seus algozes, a vítima entrou em casa para guardar o dinheiro que portava no bolso, atitude não presenciada pelos Denunciados.
> Os depoimentos prestados por Sebastiana Maria Alves da Silva (mulher da vítima), Francisco Severino da Silva (pai da vítima) e, notadamente, o depoimento de João Israel da Silva, nos revelam que o denunciado VALMIR FRANCISCO ALVES DAS CHAGAS concorreu para o crime em análise, tanto que logo em segunda empreendeu fuga, sendo sua intenção subtrair da vítima a quantia em, dinheiro que estava portava, ou segundo tinha conhecimento, deveria portar."

Atendendo ao princípio da efetividade e com o fim de imprimir maior celeridade ao feito, sirvo-me do relatório constante na sentença de fls.160/166, passando a complementá-lo com as informações atinentes aos atos processuais praticados a partir de então, tudo sem prejuízo de análise criteriosa quanto à adequação do procedimento aos ditames legais prescritos no Estatuto Processual Penal pátrio.

Corréu e respectiva procuradora intimados à fl.167.

Inconformado, o acusado Valmir Francisco, ora recorrente, apelou da referida decisão (fls.170/171), apresentando as razões (fls.175/220), argumentando, preliminarmente, nulidade da decisão uma vez que teria sido deferida diligência no sentido fosse realizado exame de corpo de delito no acusado, sendo que o exame somente foi realizado por uma pessoa leiga, no caso, um dentista que expediu atestado médico. No mérito, requer a Defesa a desclassificação do crime para homicídio, aduzindo, ainda que o réu teria agido o réu em legítima defesa.

Contrarrazões ofertadas, em que se requer a manutenção da sentença exarada em todos os seus termos (fls.222/227).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (fls.235/238), com manifestação pelo provimento ao apelo defensivo, com a desclassificação do delito imputado ao apelante para homicídio doloso, crime de competência do Júri.

Petição da Defesa em que requer seja intimado para promover a sustentação oral por ocasião do julgamento do apelo (fls.248/251).

É o breve relatório.

Ao Douto Revisor, devendo ser observado o fato de que o apelante requereu a sustentação oral por ocasião do julgamento do presente apelo.

Fortaleza, 28 de Março de 2014.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE.

Argui o apelante a nulidade do *decisum*, pois a defesa do réu teria restado prejudicada uma vez que, segundo alega, o exame de corpo de delito foi realizado na pessoa do acusado, por um odontólogo lotado na Rede Pública de Saúde, não atende os requisitos legais. Aduz, que o documento expedido por esse profissional trata-se de um simples atestado, não satisfazendo "indagações previamente estabelecidas (quesitos)". Tais fatos, segundo reclama, causaram prejuízo ao réu, uma vez que o laudo pericial serviria de sustento para a tese esposada pela Defesa. Aponta, ainda, que o exame foi realizado por apenas um perito, procedimento que, segundo assevera, não atende a determinação legal.

Compulsando os autos, verifico que, atendendo ao pedido formulado pela Defesa, "a fim de se verificar se existe ou não lesão na" arcada dentária recente, inclusive para informar o tipo de lesão"(fl.88), o Magistrado nomeou o odontólogo Paulo Bortolone, determinando o seu comparecimento em Juízo para prestar compromisso, o que foi feito conforme se vê à fl. 93.

À fl.94, o perito ora nomeado e compromissado, fez juntar aos autos um documento com o seguinte conteúdo: "O exame realizado no réu Valmir mostra mobilidade no dente 22, porém não sendo possível identificar a origem ou causa da mesma. Não há cicatrizes ou fissura."

A Defesa, ciente da nomeação do perito odontólogo em audiência e, por ocasião da apresentação das alegações finais, já com o documento acostado aos autos, silenciou sobre o resultado da perícia, requerendo apenas a absolvição do réu, e, alternativamente, a desclassificação do crime para homicídio tentado.

Impende, mais uma vez, salientar que a nulidade apontada no recurso diz respeito ao resultado de uma perícia realizada a pedido da defesa. Observa-se que a Defesa intentou conseguir elementos que pudessem sustentar a tese de legítima defesa, tentativa que resultou inóqua, motivo pelo qual, como já dito, conformou-se com o resultado da diligência, tanto é assim, que nada requereu ou mencionou a respeito por ocasião do oferecimento das alegações finais.

Assim, vê-se que a matéria se encontra preclusa, pois a alegada nulidade não foi suscitada em momento oportuno, conforme preceitua o art. 571, II, do Código de Processo Penal que dispõe que: As nulidades deverão ser argüidas: (...) As da instrução

criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título III do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500.

Portanto, ausente cerceamento de defesa, pois o magistrado procurou atender a Defesa, que aceitou o resultado do laudo, vindo a inovar em sede de apelação, encontrando-se preclusa a matéria.

Por esses motivos, rejeito a preliminar de nulidade.

DO MÉRITO

No mérito, pretende a Defesa a desclassificação do delito para homicídio simples.

Inicialmente, insta destacar a dinâmica dos fatos narrada nos autos:

Consta que o corréu e o apelante, no dia fato criminoso, estiveram na companhia da vítima, vulgo "Careca" no bar de sua propriedade, onde ela, chegou a exibir a quantia de R$350,00(trezentos e cinquenta reais) a todos ali presentes. Ao fim do dia, o apelante e a vítima se dirigiram à residência de Neto, onde continuariam a beber sendo que este último já havia se dirigido ao local.

Durante o percurso até a residência do corréu, a vítima voltou para deixar a importância em dinheiro ora mencionada em sua casa. Já no interior da residência do corréu, enquanto este preparava uma refeição na cozinha, o acusado golpeou a cabeça da vítima com um instrumento contundente, vindo esta a falecer. Após o crime, o apelante evadiu-se, tendo solicitado auxílio para fuga a um parente que residia nas proximidades do local da ocorrência, no caso a testemunha João Israel da Silva. Essa testemunha, ao ser cientificada da morte do ofendido, negou-se a atender o réu, e, ainda, afirmou que iria comunicar o fato a polícia.

Insta destacar que para a existência do crime de latrocínio, delito que visa a subtração do patrimônio alheio, com resultado morte, é imprescindível que esteja claramente identificada a intenção do agente.

Acerca da matéria, destaco os seguintes julgados:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DE LATROCÍNIO PARA A PRÁTICA DE HOMICÍDIO. POSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE PROVA QUANTO À PRÁTICA DE LATROCÍNIO. I - Resta descaracterizado o crime de latrocínio (art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal), quando as provas dos autos não esclarecem se o evento morte está relacionado com algum ataque patrimonial contra a vítima, nem tampouco demonstram que o acusado, ao cometer o crime de homicídio, tinha a intenção de subtrair patrimônio da vítima ou garantir, depois desta, a impunidade do crime ou a detenção da coisa subtraída. II - Apelação a que se dá provimento. Decisão unânime.

> (TJ-PE - ACR: 141775 PE 97002973, Relator: Alderita Ramos de Oliveira, Data de Julgamento: 18/08/2009, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 158).
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO. ABSOLVIÇÃO. INVIÁVEL. PROVA DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO. ACOLHIMENTO PARCIAL. DOLO DE SUBTRAIR COISA ALHEIA PARA SI OU PARA OUTREM AUSENTE. *EMENDATIO LIBELLI*. CRIME CONTRA A VIDA. PRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO TRIBUNAL DO JÚRI. LIBERDADE PROVISÓRIA. DEFERIDA. RECURSO PROVIDO.
> **Se a violência contra a vítima é utilizada sem o dolo específico de impossibilitar sua resistência à subtração de coisa móvel que lhe pertence, o resultado morte configura o crime de homicídio. Em recurso de apelação contra sentença condenatória por latrocínio, reconhecida a inexistência de dolo de subtrair coisa alheia para si ou para outrem, deve ser promovida a *emendatio libelli* para crime contra a vida, com remessa dos autos para o juízo natural do Tribunal do Júri proferir decisão de pronúncia**. Deve ser reconhecido o direito do réu de aguardar o julgamento em liberdade quando ausentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva.
> (TJ-PR 8196221 PR 819622-1 (Acórdão), Relator: Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso, Data de Julgamento: 02/08/2012, 5ª Câmara Criminal)

Durante a instrução, foram inquiridas quatro testemunhas arroladas pelo *Parquet*: Francisco Severino da Silva – genitor da vítima, João Israel da Silva – que se negou a dar-lhe fuga quando este confessou, momento após a prática do crime haver ceifado a vida da vitima e, Luiz Otávio de Sousa, cunhado vítima, que se dirigiu à cena do crime, após informar ao seu sogro, pai da vitima, sobre o ocorrido.

A viúva Sebastiana Maria Alves da Silva, que havia sido arrolada pelo *Parquet*, não compareceu em juízo, tendo se mudado, segundo informações do Senhor Francisco Severino, para outra cidade, não sabendo este informar seu novo endereço.

O crime sob comento não teve testemunhas presenciais. A senhora Sebastiana, quando ouvida perante a autoridade policial, afirmou que "tinha certeza que "Valmir sabia da existência desse dinheiro no bolso do CARECA (vítima) naquele dia; (...) que Valmir e Careca discutiam constantemente quando bebiam juntos e que acredita que o motivo da morte de seu marido teve a ver com o dinheiro que o mesmo portava naquele dia; Que acredita que a vítima foi atraída pelo Valmir porque este queria tomar o dinheiro na casa do Neto". O genitor da vítima, Francisco Severino, em juízo utiliza-se do mesmo raciocínio, no entanto, não passam de meras suposições que não restaram provadas.

Foram ouvidas testemunhas pela Defesa, mas que nada acrescentaram para o esclarecimento do crime.

As testemunhas ouvidas em juízo disseram que o réu e a vítima costumavam beber juntos e discutir. O corréu Francisco Lima de Sousa que estava no local, mas em outro compartimento da casa, afirmou não ter ouvido discussão, pois estava em outro compartimento da casa onde ocorreu o crime, no entanto, tal alegação não prova que a intenção do apelante era de fato subtrair a quantia da vítima. Aliás, tanto a testemunha Luiz Otávio, quanto o próprio Francisco Lima (Neto), afirmaram que a casa onde ocorreu o crime é grande e a cozinha onde se encontrava este último se localiza no final do corredor, após os quartos e uma sala. Portanto, não se pode afirmar com certeza que não houve discussão.

Repise-se, que, quando se dirigia à residência de Neto, o ofendido voltou para casa a fim de deixar o dinheiro, fato que poderia ser percebido pelo apelante, se tivesse a intenção de roubá-lo. No momento do crime, então, a vítima não mais portava a quantia, tendo o acusado revelado, por ocasião de seu interrogatório em juízo, que tinha conhecimento desse fato.

Vale destacar as ponderações do Procurador de Justiça acerca da ausência de prova do dolo de subtrair coisa alheia:

> "Não entendo que seja lógico, alguém que pretenda roubar ou cometer latrocínio saia do bar com a vítima e vá até a casa de um amigo, e lá mantendo contato com o dono da casa, espere que este saia para preparar um jantar e neste momento elimine a vitima na casa de uma testemunha de sua presença e depois fuja. Contraditório ainda seria admitir que o apelante matou para roubar e que depois de encontrado pela polícia assuma que matou a vítima e negue apenas que matou para roubar.
> Mais plausível seria que o apelante, no intuito de matar a vítima para roubar, se aproveitasse da oportunidade ainda quando estava no caminho para a casa do Sr. Francisco Lima de Sousa, sob a crença de não haver testemunha. Outra atitude esperada é que o réu aguardasse que a vítima saísse da casa do Sr. Francisco Lima de Sousa e o matasse no caminho.
> Mas não. A atitude do acusado foi outra. Estava bebendo com o réu e com o Sr. Francisco Lima de Sousa desde o período da manha e depois se deslocou com a vitima para a residência daquele para continuarem a beber e, chegando à casa, foram recebidos pelo Sr,. Francisco Lima de Sousa. Somente quando o dono da casa foi à cozinha para preparar o frango para o jantar, é que ocorreu o fato dentro da referida residência.
> Também é estranho acreditar que o apelante não sabia que a vítima não estava mais com o dinheiro no bolso e somente após matá-la teria verificado que não havia mais dinheiro.
> É natural esperar que alguém que pretenda subtrair a quantia que estava na posse da vitima ficasse observando esta o tempo todo, ainda mais quando o réu e vitima estavam bebendo no bar de propriedade desta e que outras pessoas sabiam que a vitima estava portando dinheiro no dia.

> Acredito que se o réu pretendesse roubar a vitima teria sido mais diligente em observar se a vitima ainda portava a quantia no momento em que saíram do bar de propriedade desta. Ressalte-se que o réu afirmou em juízo ter visto a vitima entregar o dinheiro a sua esposa antes de saírem do bar.
> Não há nos autos prova, nem lógica alguma que leve a crer que o apelante tenha estranhamente optado por eliminar a vítima na casa de uma amigo que sabia de sua presença, quando poderia talvez ter optado por um momento mais "oportuno" agredindo a vítima durante o percurso de ida ou de volta, longe das vistas de populares." (fls.237/238)

Assim, não tendo restado provado o *animus* de subtrair coisa alheia ou garantir, depois desta, a impunidade do crime ou a detenção da coisa subtraída, impõe-se a desclassificação do delito, promovendo-se a *emendatio libelli*, para crime de homicídio doloso. No entanto, não cabe a esta Corte julgar esse crime porque, em assim procedendo, estar-se-ia retirando do Tribunal do Júri a competência fixada no art. 5º.(...) XXXVIII, Constituição Federal, devendo assim ser observado o disposto no art. 383, §2º, do Código de Processo Penal que assim prevê:

> O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave.
> **§ 1º** (...)
> **§ 2º** Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Por outro lado, quanto à versão do apelante, com relação à tese de legítima defesa, deixo a análise e decisão para ao Tribunal Popular do Júri, a quem cabe julgar os crimes dolosos contra a vida, conforme já mencionado.

Vale dizer que não serve o presente acórdão como pronúncia, devendo os autos ser encaminhados ao Juízo competente para que pronuncie o réu, verificando a existência de possíveis qualificadoras, obedecendo-se o rito estabelecido no Código de Processo Penal. Isso porque, às partes, deve ser oportunizado o direito ao recurso em sentido estrito decorrente de decisão dessa natureza, sob pena de haver prejuízo ao devido processo legal.

Acerca da matéria, colaciono o julgado a seguir:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LATROCÍNIO. CONDENAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBMISSÃO DO ACUSADO AO TRIBUNAL DO JÚRI SEM O PROLATAR DE DECISÃO PRONUNCIATÓRIA, INCLUSIVE QUANTO À INCLUSAO OU NÃO DE EVENTUAIS QUALIFICADORAS E DOS CRIMES CONEXOS. A decisão proferida pela 8ª Câmara Criminal, transitada em julgado, ao

> desclassificar o delito de latrocínio para crime doloso contra a vida, remetendo os autos para o Tribunal do Júri, não pode ser tida como decisão de pronúncia, esta sim única decisão que tem o poder de submeter alguém a julgamento pelos seus pares. No caso concreto, não pode o réu ser levado a julgamento sem que tenha sido proferido, se assim entender o Juiz-Presidente, o devido juízo pronunciatório, abordando inclusive eventual qualificadora e os crimes conexos.
> (Recurso em Sentido Estrito Nº 70045666542, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 09/02/2012).

Destaco, ainda por oportuno trecho do voto, cuja ementa foi colacionada no presente acórdão – TJ-PR 8196221 PR 819622-1 (Acórdão), Relator: Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso, Data de Julgamento: 02/08/2012, 5ª Câmara Criminal):

> "Entretanto, tudo o que não se vê é o dolo para o roubo, razão pela qual devem os acusados responder pelo evento morte, isso porque foram eles os últimos que estiveram com Odair antes dele ser morto, quando o levaram consigo, em situação suspeita, já que apresentavam como policiais e buscavam justamente a vítima"(*verbis*, f. 505 e 507) Por estas razões, com base nos artigos 617 e383 do CPP cumpre promover a *emendatio libelli* para dar ao fato descrito na denúncia classificação diversa do crime de latrocínio.
> Contudo, não é possível acolher a apelação no sentido de reconhecer e pronunciar o réu pelo delito de homicídio.
> Tal solução não se mostra adequada porque importaria em retirar do juízo do Tribunal do Júri, juiz natural nos crimes contra a vida, a competência para promover o julgamento de pronúncia na forma dos artigos 413 e seguintes do Código de Processo Penal. .
> Haveria, se acolhido o pedido da defesa, supressão de instância e violação ao princípio do juiz natural.
> A pronúncia do réu no julgamento desta apelação importaria em subtrair da acusação e da defesa o direito a recurso em sentido estrito contra a aos princípios da ampla defesa, do contraditório e duplo grau de jurisdição.
> Se pronunciado o réu por homicídio, com inclusão ou não de qualificadoras ou de privilégio, a capitulação não poderá ser discutida em Recurso Especial ou Extraordinário, uma vez que as instâncias superiores não adentram na seara do reexame de provas e fatos (Súmula 7 do STJ e Súmula 279 do STF)."

Portanto, considerando que o fato criminoso está descrito na denúncia, e não há prova da intenção do agente em subtrair patrimônio alheio ou assegurar a posse da *res*, com base no art. 383, § 2º, do Código de Processo Penal, procedo a *emendatio libelli* para desclassificar a conduta de latrocínio para crime de previsto no art. 121 do Código Penal - homicídio, o que torna sem efeito a condenação imposta, fazendo-se mister a remessa nos autos ao Juízo competente, para que pronuncie o réu, observando a existência de possíveis qualificadoras.

Por fim, observo que o réu se encontra preso pelos presentes autos desde dezembro de 2010, e não há notícias de que responda ou seja condenado por outros processos crimes. Assim, a despeito das considerações tecidas pelo magistrado quando da prolação do *decisum* ora vergastado, ato em que também denegou ao réu o direito de recorrer em liberdade, entendo que a situação que ora se afigura, demonstra que o réu pode responder a ação em liberdade, pois ausentes os requisitos da custódia cautelar. Assim, deve o apelante ser posto em liberdade e somente voltar a recolhido acaso surjam novas razões para o decreto prisional.

Sem embargo, considerando as circunstâncias que envolvem o crime supostamente praticado pelo ora paciente – homicídio –, impõe-se, até mesmo como meio para garantir o efetivo resultado do processo, a adoção das medidas cautelares previstas no art. 319, I e V, do Código de Processo Penal, quais sejam, o comparecimento mensal perante o Juízo de origem para informar e justificar as suas atividades e o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, cujo descumprimento deverá implicar a imediata revogação da liberdade, nos termos do art. 312, parágrafo único, do referido diploma legal.

ISSO POSTO, em consonância com o parecer da Procuradoria de Justiça, conheço do recurso, e após rejeitar a preliminar de nulidade argüida, e conceder-lhe provimento para proceder a *emendatio libelli*, nos termos do art. 383, §2º do Código de Processo Penal, com a desclassificação do crime de latrocínio para homicídio doloso- art. 121 do Código Penal, e determinar a remessa dos autos ao Juízo competente para processar o julgar os crimes dolosos contra vida, no caso, a Vara única da Comarca de Campos Sales, onde deverá o magistrado pronunciar o réu, analisando inclusive a existência de qualificadoras, submetendo-o ao Tribunal do Júri, após o rito previsto na lei processual penal. Revogo, ainda a prisão cautelar do recorrente, mas sujeitando-o ao cumprimento das medidas cautelares estabelecidas no art. 319, I e V, do Estatuto Processual Penal, bem como ao comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de imediata revogação da liberdade.

É como voto.

Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor do paciente para que, após a assinatura do termo de compromisso das medidas cautelares impostas, a ser firmado perante o Juiz de primeira instância, seja liberado, salvo se por outro motivo deva ele permanecer preso.

Após, encaminham-se os autos ao Juízo da Comarca de Campos Sales que deverá dar prosseguimento à ação nos termos mencionados.

Fortaleza, 10 de fevereiro de 2014.

PROCESSO: 0002453-37.2010.8.06.0078 – APELAÇÃO
APELANTE: BENI DA SILVA MARTINS
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 155, §4º, INCISO II E IV, DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-B DA LEI Nº 8.069/90 C/C O ART. 70 DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE CONFIRMADAS. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO MENOR. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DA ESCALADA NO DELITO DE FURTO. VIABILIDADE. NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. PRECEDENTES DO STJ. PENA DE MULTA. REDUÇÃO. EXACERBAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1.Restando comprovadas nos autos a autoria e materialidade dos delitos descritos na denúncia, não há como acolher a pretensão da defesa em absolver o réu.

2.Não há que se falar em absolvição do crime de corrupção de menores, sob a alegativa de não haver provas de que o apelante tenha influenciado ou corrompido o menor a participar da prática delituosa, quando o posicionamento recente consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, é de que o delito de corrupção de menores é de natureza formal, que prescinde de prova da efetiva corrupção, bastando a participação do menor na prática do delito, o que ocorreu na hipótese

3.Conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, tratando-se o furto qualificado pela escalada, infração que deixa vestígio, é indispensável a realização de perícia para a comprovação da qualificadora, a qual somente pode ser suprida por prova testemunhal quando desaparecerem os vestígios de seu cometimento ou estes não puderem ser constatados pelos peritos e, por não haver prova pericial, é de se afastar a mencionada qualificadora.

4.Aplicada a pena de multa de forma exacerbada e desproporcional em relação à pena corporal, foi a mesma revista nesta instância.
5.Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação crime, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em consonância com o parecer ministerial e por votação unânime, em conhecer do recurso, para dar-lhe parcial provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo réu, BENI DA SILVA MARTINS, contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Fortim, a qual o condenou pela prática do crime descrito no art. 155, §4º, inciso II e IV, do Código Penal Brasileiro e art. 244-B da Lei 8.069/90 c/c o art. 70 do Código Penal.

O processo transcorreu de forma regular, sobrevindo a sentença de fls. 112/123 (publicada em 28.03.2011 - fl. 124), julgando procedente a denúncia para condenar o réu à pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, além do pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, calculado cada dia à base de 1/30 do salário mínimo à época do fato, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistindo em uma prestação de serviços à comunidade e uma prestação pecuniária.

Irresignada com a sentença a defesa apelou (fls. 133/145), pretendendo a reforma da sentença para desclassificar o delito descrito no art. 155, §4º, II e IV, do CP e art. 244-B do ECA, para a conduta tipificada no art. 155, §4º, IV do CP, fixando-se a pena base em 02 (dois) anos de reclusão e aplicando a suspensão condicional da pena. Alternativamente, requer a minoração do tempo da condenação, bem como a diminuição do *quantum* da multa estabelecida de 40 dias multa na base de 1/30 (um trinta avos do salário mínimo), para valor que seja suportável pelo apelante, em face de suas precárias condições financeiras, aplicando-se a pena mínima legal e mantida a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Contrarrazões apresentadas às fls. 150/154, seja dado provimento para reformar a decisão, condenando o recorrente nas penas do art. 155, §4º, IV, do CP.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls.164/170, opinando pelo provimento parcial do apelo, no sentido de afastar a qualificadora da escalada, diante da ausência de prova pericial a comprová-la, com a conseqüente fixação da privação de liberdade no *quantum* mínimo cominado para o furto qualificado, sem olvidar-se da convolação por restritivas de direito.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de recurso de Apelação Criminal, interposto pelo réu BENI DA SILVA MARTINS, contra a sentença que o condenou pela prática do crime descrito no art. 155, §4º, inciso II e IV, do Código Penal Brasileiro e art. 244-B da Lei 8.069/90 c/c o art. 70 do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, além do pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, calculado cada dia à base de 1/30 do salário mínimo à época do fato, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistindo em uma prestação de serviços à comunidade e uma prestação pecuniária.

Narra a denúncia que, conforme consta no inquérito policial, no dia 20.03.2010, por volta do meio dia, o denunciado Beni da Silva Martins juntamente com os adolescentes Arlindo Teixeira de Sousa, Roberto da Silva Martins e Válber do Vale Coelho, com intenção dolosa, subtraíram para si um monitor LCD para computador, um aparelho de DVD, um vidro de perfume e um aparelho celular (coisa alheia móvel) de propriedade da Sra. Maria da Conceição Nunes de Melo.

Segundo se apurou, os adolescentes Válber e Arlindo saltaram o muro da casa vizinha a do denunciado, situada na Rua João de Anil, em Fortim, com o intuito de apanhar algumas siriguelas, oportunidade em que informaram que a porta da frente estava aberta e que naquele ambiente existiam alguns bens. Nesta oportunidade, o denunciado corrompeu os menores a com ele praticar infração penal, iniciando-se a empreitada criminosa.

Enquanto Válber e Arlindo subtraiam os bens, o denunciado encostado ao muro à espera do produto do furto e um terceiro adolescente, Roberto da Silva, ficava do lado de fora dando cobertura. Ocorre que, quando saltavam de volta à casa de Beni um dos adolescentes, Arlindo Teixeira, se feriu nos denominados popularmente "pega-ladrão", deixando parte do produto do furto junto ao muro – aparelho de DVD e monitor LCD, que foram, ato contínuo, apanhados pelo denunciado, mediante escalada.

Pugna a defesa pela desclassificação do delito descrito no art. 155, §4º, II e IV, do CP e art. 244-B do ECA, para a conduta tipificada no art. 155, §4º, IV do

CP, fixando-se a pena base em 02 (dois) anos de reclusão e aplicando-se a suspensão condicional da pena. Alternativamente, requer a minoração do tempo da condenação, bem como a diminuição do *quantum* da multa estabelecida de 40 dias multa na base de 1/30 (um trinta avos do salário mínimo), para valor que seja suportável pelo apelante, em face de suas precárias condições financeiras, aplicando-se a pena mínima legal e mantida a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Do delito de roubo majorado:

A materialidade delitiva encontra-se demonstrada nos autos através do Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 12/13 e Termo de Devolução de fl. 17.

Lado outro, no que concerne à autoria, não obstante a negativa do réu, esta se mostra inquestionavelmente comprovada nos autos através do contexto probatório.

O réu, ao ser interrogado em juízo, afirmou que (fl. 94):

> "...estava em casa juntamente com Arlindo e Glauber; que Arlindo e Glauber foram até o cercado da vizinha comer siriguela; que a fronha que entregou para o Arlindo era para que o mesmo guardasse as siriguelas; que em nenhum momento chegou a informar que na casa da vítima existiam objetos preciosos (...) pouco tempo depois os adolescentes retornaram à sua casa; que neste momento observou que o Arlindo estava com o pulso cortado; que Arlindo e Glauber foram direto para o hospital; que os adolescentes saíram sem informar nada sobre os objetos; que se dirigiu até o muro para ver onde o adolescente tinha se cortado; que chegando no local havia a sua fronha com os objetos furtados; que teve medo de ser confundido com ladrão, motivo pelo qual não devolveu de imediato os objetos; que levou os objetos até a casa do Arlindo, mas ele não estava; que então foi até a casa do 'Colim', para pedir que o mesmo entregasse os objetos a Arlindo ou Glauber; que no momento pediu para que os adolescentes devolvessem os objetos à vítima (...) que os adolescentes pularam o muro da vizinha de livre e espontânea vontade; que não influenciou na investida... ".

A vítima, Maria da Conceição Nunes de Melo, declarou que (fl. 89):

> "... ao sair do seu imóvel deixou a porta encostada e o portão fechado; que ao retornar ao seu imóvel observou que o mesmo havia sido violado (...) que o réu era, à época dos fatos, seu vizinho; que o réu então passou a assistir a vítima, dando o número do telefone da delegacia (...) que todos os bens foram recuperados pela polícia, sendo que o monitor de LCD e o celular estavam queimados; (...) que acredita que o réu só conseguiu ingressar no seu imóvel pulando o muro (...) foi até o hospital e recebeu informação de que tinha uma pessoa cortada; que então ligou o referido fato aos pega ladrões que existe em sua casa (...) que a pessoa que se encontrava ferida no hospital era menor e se chamava Arlindo...".

Arlindo Teixeira de Sousa, que participou do delito, narrou com riqueza de detalhes como o fato aconteceu, declarando que (fl. 91):

> "...no dia dos fatos foi até a casa do réu fazer uma tatuagem (...) chegando lá, Glauber chamou o declarante para comer siriguela no cercado da vítima; que então observaram que a porta da casa estava aberta; que ao retornar à casa do réu informou ao mesmo que a porta da casa da vítima estava aberta; que então combinaram em entrar na casa da vítima e de lá retirar os seus pertences; que na oportunidade afirmou que na casa da vítima tinha um 'bocado' de objetos bons; que Beni não chegou a entrar no cercado; que os responsáveis pela entrada na casa da vítima foi o declarante e o Glauber; que ao retornarem à casa do Beni lhe repassou o que havia na casa da vítima; que então o réu lhe entregou uma fronha para que o declarante e Glauber colocasse os objetos furtados; que então voltou a casa da vítima juntamente com o Glauber e de lá retiraram um monitor de LCD, um aparelho de DVD, um aparelho celular e um perfume(...) que na hora de regressarem à casa de Beni o declarante se aperreou no momento de pular o muro o que lhe causou uma lesão no braço; que então deixou os objetos furtados em cima do muro; que então foi para o hospital; que quem pegou os objetos que estava em cima do muro foi Beni(...) o Beni já tinha entrado uma vez na casa, pois conhecia a vítima, motivo pelo qual o mesmo sabia que lá existiam objetos bons; que a fronha fornecida pelo réu tinha o intuito de acomodar os objetos furtados...".

A testemunha Francisco Edeilton da Silva Pereira, afirmou em juízo (fl. 92) que certo dia Arlindo e Beni foram até a sua residência pedindo para que o mesmo guardasse um monitor de LCD, mas não informaram o motivo do pedido, mas somente pediram para que o entregasse a Glauber. Disse que cerca de três dias depois, o Arlindo retornou a casa do depoente oferecendo um aparelho de DVD, porém, o depoente se recusou a receber o aparelho, mas que não sabia da procedência de tais aparelhos, bem como mencionou que a mãe de Beni entrou em sua casa e pegou o monitor levando-o para a delegacia. Disse, ainda que quem cometeu o crime foram os menores Arlindo e Glauber e que sabe informar que Beni estava na companhia dos menores no momento do crime.

Desta forma, entendo que o conjunto probatório revela a participação efetiva e dolosa do sentenciado no crime de furto qualificado, tendo em vista a consistência dos depoimentos testemunhais.

Ademais, na hipótese, a negativa de autoria apresentada pelo réu, não veio corroborada por nenhum elemento de convicção e, assim, não se desincumbiu do ônus da prova de que a versão apresentada seria escorreita.

Portanto, a manutenção do decreto condenatório é medida que se impõe.

Entretanto, pretende a defesa o afastamento da qualificadora da escalada, sustentando haver restado demonstrado na instrução do processo que a via para entrada na casa da vítima foi pela porta de entrada, a qual se encontrava aberta, sendo utilizada a via normal de acesso, sem emprego de força ou fraude, sem exigência de escalada ou destreza.

Pois bem.

A meu ver a qualificadora da escalada não exige a comprovação por meio de laudo pericial, fazendo-se necessário um conjunto de provas firmes e coerentes, de forma a atestar o *modus operandi* do agente, entretanto, curvo-me ao entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça de que é indispensável a perícia para aplicar tal qualificadora.

Eis o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **FURTO. QUALIFICADORA RELATIVA À ESCALADA. NECESSIDADE DE PERÍCIA.** PRECEDENTES.
> 1. Em virtude de expressa disposição legal (art. 158 do Código de Processo Penal), os crimes que deixam vestígios exigem a produção de prova pericial, providência que somente se afasta na hipótese de terem desaparecido os sinais ou de o local ter se tornado impróprio para o trabalho dos peritos.
> **2. Para a caracterização da qualificadora da escalada no crime de furto é necessária a realização de perícia. Precedentes.**
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no REsp 1338900/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)(grifei).
>
> *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA. DELITO QUE DEIXA VESTÍGIO. INDISPENSABILIDADE DE CONSTATAÇÃO VIA PERÍCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRIMENTO DO LAUDO PELA PROVA TESTEMUNHAL. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 167 DO CPP. OFENSA AO ART. 159, § 1º, DO CPP EVIDENCIADA. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. QUALIFICADORA AFASTADA.
> **1. Tratando-se o furto qualificado pela escalada, infração que deixa vestígio, é indispensável a realização de perícia para a comprovação da qualificadora, a qual somente pode ser suprida por prova testemunhal quando desaparecerem os vestígios de seu cometimento ou estes não puderem ser constatados pelos peritos.** Exegese dos arts. 158 e 167 do CPP.
> 2. Ordem concedida para afastar da condenação a qualificadora do inciso II do § 4º do art. 155 do CP, determinando-se ao Juízo da 9ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG que redimensione a reprimenda imposta ao paciente.
> (HC 202.670/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012) (grifei).

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. **FURTO. QUALIFICADORAS RELATIVAS À ESCALADA E AO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS. PERÍCIA INDISPENSÁVEL.** PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.
> **1. O exame de corpo de delito é indispensável para a comprovação da presença das qualificadoras previstas no art. 155, § 4.º, incisos I e II, do Código Penal, sendo que sua realização de forma indireta somente é possível quando os vestígios tiverem desaparecido por completo ou o lugar se tenha tomado impróprio para a constatação dos peritos, o que não se verificou na hipótese em apreço.**
> 2. Ordem de *habeas corpus* concedida para, reformando o acórdão impugnado, decotar as qualificadoras previstas nos incisos I e II do § 4.º do art. 155 do Código Penal, e redimensionar as penas do Paciente, nos termos explicitados no voto.
> (HC 222.109/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 13/08/2012) (grifei).

Na hipótese, inexistindo comprovação pericial de que o recorrente tenha praticado o furto valendo-se de escalada, resta inviável a incidência da referida qualificadora.

Portanto, afasto a qualificadora da escalada, devendo ser mantida a qualificadora do concurso de pessoas, vez que comprovado que o réu agiu em concurso com mais duas pessoas.

Porém, a dosimetria da pena deve ser revista, o que faço em momento oportuno.

Do delito de corrupção de menores.

Quanto ao pleito da defesa de que seja o réu absolvido do delito tipificado no art. 244-B, do ECA, por não haver nos autos indicativos de que o réu corrompeu o menor envolvido na empreitada criminosa, razão não lhe assiste.

Segundo posicionamento recentemente consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, o delito de corrupção de menores é de natureza formal, que prescinde de prova da efetiva corrupção, bastando a participação do menor na prática do delito. *In verbis:*

> PENAL. **CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO MENOR.**
> 1. **É assente neste Superior Tribunal de Justiça, bem como no Supremo Tribunal Federal, o entendimento no sentido de que o crime tipificado no artigo 1º da revogada Lei 2.252/54, atual artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor**.
> 2. Ordem denegada

> (HC 179.340/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 27/08/2012) (grifei).
>
> *HABEAS CORPUS*. **CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DA VÍTIMA.**
> **1. A Terceira Seção desta Corte já se pronunciou, em sede de recurso representativo da controvérsia (Recurso Especial n.º 1.127.954/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze), no sentido de que o crime de corrupção de menores é delito formal, no qual é desnecessária a comprovação da efetiva corrupção da vítima.** 2. Ordem denegada
> (HC 241.827/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 27/08/2012) (grifei).
>
> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. 1. **CORRUPÇÃO DE MENORES.** 1. ART. 244-B DA LEI N. 8.069/1990 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). **NATUREZA FORMAL**. 2. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E DE PERÍCIA DA ARMA PARA A COMPROVAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES.
> 1. **O crime de corrupção de menores é formal, não havendo necessidade de prova efetiva da corrupção ou da idoneidade moral anterior da vítima, bastando indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável**. Precedentes. 2. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. São desnecessárias a apreensão e a perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar a causa de aumento do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, pois o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova. Precedentes. 4. Recurso ao qual se nega provimento
> (RHC 111434, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 16-04-2012 PUBLIC 17-04-2012) (grifei).

No caso, a menoridade do adolescente restou comprovada nos autos, bem como sua participação diante do contexto probatório.

Portanto, é indubitável a participação do menor de idade na prática delitiva, devendo, assim, ser mantida a condenação do réu pelo crime de corrupção de menores.

Da dosimetria das penas:

Considerando a condenação do recorrente nas penas do art. 155, §4º, inciso IV, do Código Penal e art. 244-B da Lei nº 8.069/90 c/c o art. 70 do Código Penal, passo agora ao redimensionamento das penas.

Levando em conta as circunstâncias judiciais devidamente analisadas pelo julgador singular, fixo a pena base em relação ao delito de furto em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão**,** por achar esse patamar justo, necessário e compatível com as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu.

Na segunda fase, mantenho a redução da pena em 06 (seis) meses, diante da atenuante prevista no inciso I do art. 65, do CP, ficando a mesma estabelecida de forma definitiva em 02 (dois) anos de reclusão**,** à míngua de outras circunstâncias que possam modificar o seu *quantum*.

Quanto à pena de multa, entendo que a mesma foi fixada de forma exacerbada e desproporcional à pena corporal e, assim, levando em consideração as circunstâncias judiciais devidamente analisadas em primeiro grau, reduzo-a para **20** (vinte) dias-multa, mantendo a unidade fixada em primeiro grau.

Em relação ao delito de corrupção de menores, considerando as circunstâncias judiciais já analisadas pelo juiz singular, mantenho a pena base em 01 (um) ano de reclusão.

Na segunda fase, embora presente a atenuante da menoridade, a pena foi fixada em seu grau mínimo, não podendo ficar aquém do mínimo legal, em conformidade com a Súmula nº 231, do STJ.

Assim, fica a reprimenda estabelecida de forma definitiva em 01 (um ano) de reclusão.

Diante do concurso formal de crimes, mantenho o aumento da pena do delito de furto qualificado em 1/6 (um sexto), restando a pena fixada de forma definitiva em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, à míngua de outras circunstâncias que possam modificar o seu *quantum*.

Mantenho o regime aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como as demais cominações legais determinadas na sentença recorrida.

DIANTE DO EXPOSTO,

Em consonância com o parecer ministerial, conheço do recurso, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, no sentido de afastar a qualificadora da escalada no delito de furto, condenando o apelante nas penas do art. 155, §4º, inciso IV, do Código Penal e art. 244-B da Lei nº 8.069/90 c/c o art. 70 do Código Penal, fixando a reprimenda em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, mantendo, no mais, o restante da sentença recorrida nos termos em que foi proferida.

É o voto.

Fortaleza, 17 de dezembro de 2013

PROCESSO Nº: 0002806-16.2013.8.06.0129
APELAÇÃO CRIME: VARA ÚNICA DA COMARCA DE MORRINHOS
APELANTE: FRANCISCO RAIMUNDO PEREIRA DE SOUZA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA CORRETAMENTE REALIZADA. PROVAS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1- Mostra-se plenamente inviável a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de roubo, uma vez tratar-se de delito complexo, que tutela, além do patrimônio, a liberdade e integridade física e psíquica da vítima. Precedentes do STJ.

2-Inviável o pedido de desclassificação do tipo penal de roubo para constrangimento ilegal, quando a prova colhida na instrução é consistente no sentido de demonstrar que o réu subtraiu coisa móvel alheia.

3-Pena bem dosada, atendidos os critérios do artigo 59 e 68 do CP, não há o que se falar em redução da pena fixada em razão da aplicação do princípio da proporcionalidade.

4-Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer da apelação interposta, para lhe negar provimento**,** nos termos do voto do Relator, parte integrante deste.

Fortaleza, 11 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

Francisco Raimundo Pereira de Souza, devidamente qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público por incorrer no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro combinado com o artigo 244-B da Lei 8.069/90, por fato ocorrido no dia 01 de janeiro de 2013.

O recorrente foi condenado nas tenazes do artigo 157, § 2º, II do CPB, sendo absolvido das demais acusações, a 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, devendo a pena privativa de liberdade ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto.

Demonstrando inconformismo, o apelante interpôs o presente recurso de apelação, com razões às fls. 84/92, requerendo a aplicação do princípio da insignificância à sua conduta, desclassificando o crime de roubo para o de constrangimento ilegal, rogando, ainda, pela aplicação do princípio da proporcionalidade na aplicação da pena imposta pelo Magistrado sentenciante.

Contrarrazões apresentadas pelo Promotor Público às folhas 95/101, defendendo a sentença e pugnando por sua manutenção, posição esta endossada pela douta Procuradoria Geral da Justiça, nos termos do parecer de fls. 115/121.

O feito físico foi distribuído para este gabinete no dia 10/10/2013, vindo concluso para apreciação.

Era o que se tinha a relatar, determinando a remessa dos autos à D.D. Revisora para os devidos fins.

VOTO

Por não incorrer em nenhuma circunstância ensejadora de inadmissibilidade, tal recurso é conhecido.

O recurso em questão limita-se a apreciar a apelação interposta por FRANCISCO RAIMUNDO PEREIRA DE SOUZA, condenado a 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprido inicialmente em regime semiaberto e 13 (treze) dias-multa, pela prática de roubo majorado pelos inciso II, do parágrafo 2º, do artigo 157, combinado com o artigo 29, ambos do Código Penal Brasileiro.

A Defesa pugna pela aplicação do princípio da insignificância à conduta do apelante, conjuntamente com a desclassificação do crime de roubo para o de constrangimento ilegal e, ainda, roga pela utilização do princípio da proporcionalidade na aplicação da pena.

Isto posto, conforme demonstrado a seguir, percebe-se que todos os pedidos apresentados pelo apelado não merecem prosperar, haja vista a sentença do juiz mostrar-se corretamente elaborada, não se encontrando eivada de equívocos no

julgamento que ensejem uma modificação em seu conteúdo.

Com efeito, mostra-se plenamente inviável a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de roubo, uma vez tratar-se de delito complexo, que tutela, além do patrimônio, a liberdade e integridade física e psíquica da vítima, restando-se tal orientação devidamente firmada pelos tribunais superiores.

Tal entendimento persiste ainda que o objeto material do crime seja de pequeno valor econômico, não se aplicando a insignificância, quando ausentes um dos requisitos, quais sejam, mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica.

Nesse sentido, segue demonstrado o acima exposto pela transcrição da seguinte decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO. ATIPICIDADE DO FATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA DE EFETIVA OFENSIVIDADE PARA O DIREITO PENAL. PRECEDENTES. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> 1. A aplicação do princípio da insignificância, como causa de atipicidade da conduta, é cabível desde que presentes os seguintes requisitos: conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade do agente, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva.
>
> **2. O entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se aplica ao roubo a incidência do princípio da insignificância, porque tratando-se de crime complexo, em que há ofensa bens jurídicos diversos - o patrimônio e a integridade da vítima -, é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão, sob pena de se aceitar, ou mesmo incentivar, a prática de pequenos delitos.**
>
> 3. O recrudescimento da pena em razão das majorantes do crime de roubo deve ser precedida de adequada fundamentação, consignando-se circunstâncias concretas que justifiquem exasperação mais expressiva, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento configuradas na espécie, em desprestígio à Súmula 443-STJ.
>
> 4. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório.
>
> (HC 210.541/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 07/10/2013) (Destaquei)

Ultrapassado o primeiro pleito da Defesa, inviável, igualmente, mostra-se o pedido de desclassificação do delito praticado pelo apelante – roubo – para o crime de constrangimento ilegal com base no princípio da insignificância, ao argumento que

não houve ofensa significativa ao patrimônio alheio, haja visto o objeto de subtração delituosa ter sido devolvido à vítima pelo apelante.

Assim, descabe-se falar em referida desclassificação, sendo irrelevante a inexistência de dano patrimonial para a vítima, porquanto, tratando-se de crime complexo, o crime de roubo também tutela a integridade física e moral da pessoa. Ademais, resta demonstrar que o efetivo prejuízo à vítima não é essencial para a caracterização do crime de roubo, além de que, no caso em análise, o dolo de subtração de bens foi fartamente comprovado pelas provas produzidas nos autos.

No mesmo sentido:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PROVA SUFICIENTE DA AUTORIA. RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL CORROBORADO EM JUÍZO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.
> 1. Não vinga a tese de negativa de autoria, se a condenação está lastreada em consistentes meios de prova, como o reconhecimento extrajudicial dos réus pela vítima do roubo, confirmado posteriormente em juízo.
> **2. Inviável o pedido de desclassificação do tipo penal de roubo para constrangimento ilegal, quando a prova colhida na instrução é consistente no sentido de demonstrar que o réu subtraiu coisa móvel alheia, mediante grave ameaça contra a vítima.**
> 3. Para a valoração negativa das circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social, deve haver fundamentação idônea, atrelada a elemento concreto que lhe confira lastro, e não sopesada de forma genérica. Além disso, a teor da Súmula nº 444 do STJ, "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".
> 4. Recursos conhecidos e parcialmente providos.
> (Acórdão n.721921, 20130810009373APR, Relator: JESUINO RISSATO, Revisor: JOSÉ GUILHERME, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 10/10/2013, Publicado no DJE: 15/10/2013. Pág.: 237) (Destaquei)

Por fim, estando a pena bem dosada, atendidos os critérios dos artigos 59 e 68 do CPB, não há o que se falar em redução da pena fixada em razão da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Ante tais considerações, conheço do recurso para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se, na íntegra, a condenação imposta pelo Magistrado sentenciante.

É o voto.

Fortaleza, 11 de novembro de 2013.

APELAÇÃO CRIME Nº 0000591-06.2005.8.06.0143
APELANTES: FRANCISCO LAERTE DE SOUZA E NILTON TELES DA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. FRANCISCO GOMES DE MOURA

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. CONTINUIDADE DELITIVA. ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO. CONCURSO MATERIAL. RECURSOS DAS DEFESAS. ALEGAÇÃO DE A DECISÃO DO JÚRI SER MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. COLABORAÇÃO EFETIVA DE AMBOS OS RÉUS PARA A CONSECUÇÃO DOS DELITOS. DECLARAÇÕES DOS ACUSADOS E DO MENOR QUE PARTICIPOU DOS CRIMES QUE DÃO ARRIMO AO VEREDICTO PROFERIDO. PROVA TESTEMUNHAL EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO PERFILHADO PELOS JURADOS. SOBERANIA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGAÇÃO DE SEREM EXCESSIVOS OS MONTANTES DAS PENAS IMPOSTAS. CRIME CONTINUADO ESPECÍFICO. MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO. NÃO APLICAÇÃO PELA JUÍZA SENTENCIANTE. RETIFICAÇÃO QUE RESULTARIA NO AGRAVAMENTO DAS PENAS DOS RÉUS. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS*. APLICAÇÃO. RECURSOS IMPROVIDOS.

1. Malgrado a arguição da defesa técnica do apelante Francisco Laerte de Souza de que o crime de roubo não ocorreu, pois ou ele responderia pelos crimes de latrocínio duplo ou por homicídio duplo, não sendo possível que responda pelos delitos de roubo e homicídio, incorre em equívoco em sua afirmação, visto que é francamente possível o concurso material de tais modalidades criminosas, bastando para tanto que, no contexto da dinâmica delitiva, se evidencie a presença de seus respectivos elementos subjetivos, ou seja,

que os agentes no decorrer do *iter criminis* revelem de forma autônoma o *animus furandi* e *o animus necandi*.

2. O acervo probatório colacionado aos fólios dá total respaldo ao entendimento perfilhado pelo Conselho de Sentença quanto à ocorrência da subtração dos bens da vítima assim como do extermínio de ambas mediante a ação conjunta dos acusados, cujas participações no sinistro, ainda que diferenciadas, foram determinantes para a consecução dos resultados tencionados e efetivamente verificados.

3. Prescindem, igualmente, de respaldo fático-jurídico as alegações escusatórias dos recorrentes, cada uma *de per si*, de que não bateram nas vítimas com um pedaço de pau, não tendo, assim, participação em suas mortes, primeiramente, porque há elementos de prova que asseguram que Francisco Laerte de Souza efetuou os golpes nas desditosas vítimas, e, em segundo lugar, porque o Código Penal brasileiro adota a Teoria Monista ou Unitária, segundo a qual todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas a este cominadas.

4. *In casu*, repita-se, as condutas de ambos os recorrentes foram decisivas para que ocorressem os assassínios das vítimas: Nilton Teles da Silva, por amarrar uma das vítimas e fazer uso da faca tipo peixeira que as manteve sob a grave ameaça que lhes era infligida, instrumento esse que, segundo ele mesmo afirmou em seu interrogatório, foi utilizado pelo corréu para dar estocadas nas vítimas; Francisco Laerte de Souza, por também amarrar um dos ofendidos e por concretizar, juntamente com o menor Francisco Gutielison Ferreira Ribeiro, as lesões que culminaram em seus óbitos.

5. De acordo com os elementos de convicção encontradiços nos autos, constata-se a real possibilidade de que as circunstâncias do evento delituoso tenham ocorrido nos moldes da concepção albergada pelos juízes do povo, sendo facultado a estes, após a análise das teses da acusação e da defesa, optarem pela versão que entenderem mais consentânea com os fatos postos à sua apreciação.

6. A esta instância revisora compete unicamente aferir se tal versão possui lastro na prova produzida ou, de outro lado, se integralmente incompatível com o acervo probatório, sem

se deter a respeito de qual proposição se apresenta mais ou menos verossímil.

7. No que concerne à irresignação sobre os montantes das penas impostas aos apelantes, há três questões proeminentes na dosimetria levada a efeito na sentença da Juíza Presidente do Júri. No entanto, como pelos menos duas delas são amplamente desfavoráveis aos recorrentes, defeso proceder à alteração por eles reclamada, por força do princípio da proibição da *reformatio in pejus* tratando-se de recurso exclusivo da defesa.

8. Recursos conhecidos e improvidos. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000591-06.2005.8.06.0143, da Comarca de Pedra Branca, em que são apelantes Francisco Laerte de Souza e Nilton Teles da Silva, e apelado o Ministério Público do Estado do Ceará.

ACORDAM os Membros integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer dos recursos interpostos, para negar-lhes provimento, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 02 de dezembro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de recursos de Apelação Criminal interpostos por Francisco Laerte de Souza e Nilton Teles da Silva em face da decisão do Tribunal Popular do Júri da Comarca de Pedra Branca que julgou o primeiro incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos III e IV - duas vezes – c/c o art. 71, e art. 157, § 2º, incisos I, II e V, todos do Código Penal brasileiro, e o segundo nas tenazes do art. 121, § 2º, incisos III, IV e V - duas vezes – c/c o art. 71, e art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do mesmo Códex, aplicando-lhes, respectivamente, as penas de 30 (trinta) anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, e 50 (cinquenta) dias-multa; e 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 50 (cinquenta) dias-multa.

Francisco Laerte de Souza assevera em suas razões que a decisão recorrida é manifestamente contrária à prova dos autos, alegando que: a) não bateu com um pedaço de pau na cabeça de nenhuma das vítimas, ação essa que foi praticada pelo menor infrator Francisco Gutielison Ferreira Ribeiro, não havendo qualquer participação sua na morte da vítima Francisco Anderson da Silva Freitas; b) não ocorreu o crime de

roubo, pois ou ele responderia pelos crimes de latrocínio duplo ou por homicídio duplo, não sendo possível que responda pelos delitos de roubo e homicídio; e c) o *quantum* da pena aplicada é excessivo, cabendo a sua reforma de ofício. Requer seja anulado o julgamento realizado, determinando-se a realização de um novo Júri, e, subsidiariamente, seja reduzida a pena imposta para 25 (vinte e cinco) anos (fls. 426/427).

Nilton Teles da Silva sustenta em seu arrazoado que: a) as provas testemunhais não servem para incriminá-lo, pois são confusas ao detalhar o fato ocorrido; b) está comprovado nos autos que não bateu com um pedaço de pau na cabeça de nenhuma das vítimas; c) não cometeu nenhum crime de roubo, pois o dinheiro em questão provém da venda de drogas entre as vítimas e Francisco Laerte de Souza; e d) o montante da pena imposta é excessivo, pois não cometeu todos os crimes pelos quais foi condenado. Requer a anulação do julgamento realizado (fls. 452/453).

Contrarrazoando os apelos, o representante do Ministério Público pugna lhes seja negado provimento (fls. 455/456).

Com vista dos autos, a Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer pelo improvimento dos recursos (fls. 456/470).

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade dos apelos intentados, passo à análise das matérias alçadas a julgamento perante esta Corte de Justiça.

A acusação promovida contra os réus na primeira instância assinala que, no dia 21/05/2005, por volta das 21:00 h, por detrás da Churrascaria São Francisco e próximo a um açude, no Distrito de Mineirolândia, Município de Pedra Branca, os incriminados, fazendo uso de faca e mediante grave ameaça, na companhia do adolescente Francisco Gutielison Ferreira Ribeiro, amarraram as mãos e os pés dos menores William Dias Hoshino e Francisco Anderson da Silva Freitas e os espancaram com um "pedaço de pau" para roubar-lhes um relógio, uma pulseira e a quantia de R$ 10,00 (dez reais), sendo precedido o espancamento por uma discussão entre acusados e vítimas em virtude de estas terem achado pouca a droga entregue por um dos acusados pela quantia de R$ 10,00 (dez reais). Depois do ocorrido, os réus retornaram para a churrascaria, onde se realizava uma festa dançante, e, em determinado momento, resolvem retornar ao local onde estavam as vítimas, passando a desferir nelas diversos golpes de faca. Consta, ainda, que os acusados levaram a pessoa conhecida por Machinha para presenciar a cena de extermínio

A materialidade dos crimes de homicídio é comprovada pelos laudos de exame cadavérico de fls. 54/55 e do crime de roubo exsurge das declarações

tanto do menor que participou do evento delitivo com os réus (fls. 165/169) quanto do interrogatório do acusado Nilton Teles da Silva (fls. 62/64), os quais, no entanto, atribuem a subtração do relógio, de uma pulseira e do dinheiro das vítimas ao acusado Francisco Laerte de Souza, enquanto este, por sua vez, imputa a autoria dos homicídios àqueles (fls. 115/117 e 358/360).

A respeito das circunstâncias em que ocorreram os crimes, praticados de maneira furtiva, vejamos o que exsurge dos elementos de prova produzidos na instrução processual:

Em seus interrogatórios perante a autoridade judiciária, os acusados asseveraram que:

> "[...] o interrogando, juntamente com Laerte, Gutielison e as vítimas foram para detrás da churrascaria patu e lá chegando as vítimas desembalaram a maconha e acharam pouca a droga e começaram a discutir com Laerte e este pegou uma faca peixeira que estava com o interrogando e ficou ameaçando as vítimas dizendo para as vítimas tirarem as roupas; […] Laerte mandou as vítimas tirarem as roupas e seguirem adiante, […] **Laerte amarrou uma das vítimas, no caso, Willian e o interrogando amarrou a outra vítima e usaram as roupas das vítimas para amarrarem as vítimas**; […] **depois que amarraram as vítimas o menor Gutielison pegou um pau e passou a bater na cabeça das vítimas por conta dele mesmo (menor)**; […] que não desferiu nenhuma paulada nas vítimas naquela ocasião, o que também não foi feito por Laerte, que naquela ocasião também não desferiram facadas nas vítimas, […] o interrogando, juntamente com Laerte, Gutielison e Marchinha retornaram ao local do fato, […] **que no local do fato Laerte pegou a peixeira do interrogando e deu uma facada em cada vítima, sendo que no Willian a facada foi no estômago e na outra vítima a facada foi nas costas**, mas nesta ocasião as vítimas já se encontravam mortas e sabe disso porque as vítimas estavam sem se mexer; […] **que Laerte ainda pegou o relógio e a pulseira das vítimas e ficou com os ditos objetos**; que nesta ocasião não foi retirado dinheiro das vítimas, […] que não ficou com dinheiro e nem com objetos das vítimas; [...]"
> (Nilton Teles da Silva - fls. 62/64 – grifos nossos).

> "[...] Que na noite do fato o interrogando estava na churrascaria São Francisco, […] tendo se encontrado com o réu Nilton e com o menor Gutielison por volta das dez horas daquela noite; […] Que Niltinho e Gutielison começaram a discutir com os outros dois menores, mas o interrogando não sabe o motivo, pois estava um pouco afastado devido o fato de ter ido urinar; Que diante daquela discussão e tendo visto que ali não havia mulheres, o interrogando saiu do local e voltou para a festa […] **Que cerca de uma hora depois o réu Nilton e o menor Gutielison chegaram dizendo que haviam matado os dois adolescentes, mas não informaram de que maneira fizeram isso**; **Que o interrogando, curioso, foi até o local do fato em companhia de Nilton, Gutielison e mais dois menores,** […] **Que chegando ao local, viu duas pessoas deitadas numa**

> **lama, mas não sabe informar se as duas pessoas estavam nuas, pois estava escuro e também não sabe informar se aquelas pessoas estavam mortas**, pois saiu logo do local e voltou para o Clube enquanto os demais ficaram no local; Que não sabe informar o que os outros fizeram no local do fato; Que depois Niltinho e Gutielison foram para o clube e ameaçaram o interrogando dizendo que se o interrogando dissesse para a polícia eles iriam matá-lo; [...]"
> (Francisco Laerte de Souza - fls. 115/117 – grifos nossos).

Ouvidos na sessão de julgamento do Júri, os réus se manifestaram nos seguintes termos:

> "[...] que por volta de 08:00 horas da noite estava em um som na Churrascaria Patú; que **os menores Willian e Anderson chegaram para o interrogando e perguntaram se ele tinha maconha para vender; que informou aos menores de que quem tinha droga era o Laerte e eles foram atrás dele**; que depois apareceu o Laerte e o adolescente Gutielison com os dois menores e chamaram o interrogando para ir para uns matos próximos à margem de um rio; […] que chegando lá **o Laerte entregou uma bala de maconha para o menor Willian, tendo este pago R$ 10,00 reais; que o Willian reclamou que era pouca maconha e então começou a discussão do Willian com o Laerte; que então o interrogando puxou a faca tipo peixeira que portava**; que puxou a faca apenas para acalmar a discussão; **que ficou segurando a faca e disse para o Laerte devolver o dinheiro; que o Laerte não devolveu o dinheiro; que o menor Willian pegou na faca e se cortou**; […] que o interrogando disse para os menores irem para casa, sendo que **o Laerte obrigou eles a tirarem a blusa e seguirem para o matagal; que andaram com os menores por cerca de 20 minutos até chegarem no matagal**; que a intenção do interrogando e do Laerte era apenas deixar os menores amarrados; **que o interrogando agarrou (sic) um menor e o Laerte amarrou o outro; que quando terminaram de amarrar os menores o menor Gutielison deu 8 pauladas em cada um;** […] que voltaram para a festa, tendo ficado lá por mais 10 minutos; que **voltaram para o matagal: o interrogando, Laerte, Gutielison e um outro menor de nome Jesus, que é conhecido por "Marchinha";** que na verdade Laerte havia mandado os menores tirarem toda a roupa, ficando eles despidos; **que não sabe informar por qual motivo resolveu voltar ao matagal; que chegando ao matagal os menores estavam amarrados e despidos e o Jesus estava com uma faca; que o Laerte pega a faca do Jesus e dá uma furada no abdômen do menor Willian e, em seguida, dá uma furada nas costas do Anderson; que acredita que as vítimas morreram das pauladas dadas pelo Gutielison, pois depois disso não se mexiam mais; que não esfaqueou nenhuma das vítimas;** […] **que depois de dar as facadas o Laerte pegou o relógio e a pulseira do Willian; que não viu quando o Laerte subtraíra os objetos da vítima Willian, pois só no dia seguida (sic) foi que o Laerte mostrou os objetos ao interrogando; que o interrogando não recebeu uma parte dos objetos; que o relógio do Willian era novo,** […] **que o interrogando**

> **e o Laerte amarraram cada uma das vítimas ao mesmo tempo; que as vítimas foram amarradas com suas próprias camisas;** […] **que o Gutielison usou estaca que puxou da cerca para bater nas vítimas; que a estaca tinha cerca de um metro e era grossa;** […] **que Gutielison deu as pauladas alternadamente e as vítimas nada falaram;** […]"
> (Nilton Teles da Silva - fls. 355/357 – grifos nossos).

> "[...] que no dia dos fatos foi para uma festa em uma churrascaria em Mineirolândia e lá se encontrou com o acusado Niltinho, o qual falou que havia duas garotas atrás do clube; que quando chegou até o Clube havia três rapazes, os quais não conhecia; que as meninas não estava (sic) lá; que perguntou ao Niltinho onde estavam as meninas e ele disse que não sabia e, então, o interrogando resolveu voltar para onde estava; […] **que depois o Nilton chegou para o interrogando e disse que tinha executado duas pessoas, tendo o interrogando ido embora para sua residência;** […] **que ainda resolveu ver as vítimas mortas, por curiosidade; que o local onde as vítimas estavam não era muito longe; que foi ver os cadáveres**, embora tivesse tido medo do acusado Nilton e soubesse que ele já tinha matado outra pessoa antes; que não acreditou no acusado Nilton quando ele disse que tinha matado as vítimas; q**ue o acusado Nilton disse para o interrogando que se ele contasse alguma coisa poderia matá-lo; que viu as vítimas de longe; que achou que as vítimas estavam mortas porque não se mexiam;** […] que não vendeu drogas para as vítimas naquele dia; […] **que não lembra de ter visto o menor Gutielison, no dia dos fatos; que nunca conheceu o menor Gutielison;** […] que não é verdadeira a afirmação do adolescente Gutielison no sentido de que teria batido com um pau na cabeça das vítimas; […] que não sabe informar se Nilton subtraiu das vítimas um relógio e uma pulseira; que não foi o interrogando quem subtraiu tais objetos; [...]"
> (Francisco Laerte de Souza - fls. 358/360 – grifos nossos).

Francisco Gutielison Ferreira Ribeiro, menor à época dos fatos e com presença ativa no funesto episódio, afirmou judicialmente conforme segue:

> "Que **são verdadeiros os fatos narrados na representação de fls. 02/05**; que na noite do fato o declarante foi para o som que ocorria na churrascaria São Francisco, […] que as vítimas perguntaram ao declarante se o declarante tinha maconha, […] o declarante foi então em busca de Laerte, que era quem estava com maconha e **o declarante sabia disso porque Laerte tinha botado "um" para o declarante, Niltinho e Laerte fumarem, o que ocorreu ainda cedo;** […] o declarante viu Laerte e Niltinho indo para detrás da churrascaria patu em companhia das vítimas, tendo então o declarante seguido atrás dos mesmos para fumar também; que **o declarante chegou ao local do fato na hora em que Niltinho puxou faca para japonês e o declarante viu quando Japonês pegou na faca e quando Niltinho puxou a dita faca cortando a mão do Japonês;** […] Laerte, conhecido por Negão, disse que se Japonês queria ir embora podia ir caminhando para frente, isto é, em direção a barragem;

> […] **Laerte mandou as vítimas tirarem a roupa, o que foi feito pelas vítimas, que ficaram completamente nuas;** que depois disso as roupas das vítimas foram jogadas no açude com exceção das camisas das vítimas e **Laerte mandou as vítimas deitarem no chão e depois disso Niltinho amarrou os braços e os pés das vítimas com as camisas delas (vítimas) e Laerte pegou um pedaço de pau e bateu na cabeça das vítimas, com força, sendo que Laerte deu umas quatro pancadas na cabeça de cada vítima; que Niltinho não bateu na cabeça das vítimas e só amarrou as vítimas; que Laerte mandou o declarante pegar o pedaço de pau e bater nas vítimas, mas o declarante disse que não iria fazê-lo, mas Laerte insistiu e o declarante pegou então o pedaço de pau e bateu por uma vez na cabeça de Anderson; que não bateu na vítima Japonês;** que depois o declarante, Niltinho e Laerte saíram do local e foram para o som na churrascaria São Francisco, **tendo as vítimas ficado estiradas no chão, sem dar sinal de vida; que permaneceram por cerca de meia hora na churrascaria São Francisco e depois retornaram ao local do fato, sendo que Laerte chamou um outro menor de nome jesus para ir dar umas furadas nas vítimas e Jesus também foi ao local do fato** […] **que Jesus não furou as vítimas, mas Laerte pegou a faca de Jesus e deu uma furada no peito de cada uma das vítimas;** […] **que o declarante e Laerte não se encontravam armados na noite do fato e apenas Niltinho portava uma faca; que Jesus estava armado com uma faquinha de mesa e foi com a dita faquinha que Laerte furou as vítimas quando retornaram ao local do fato em companhia de Jesus;** […] **que Laerte ficou com o relógio de Japonês, sendo que Laerte tirou o relógio de japonês antes de tirar a roupa de Japonês; que os dez reais da vítima foram usados pelo declarante, Laerte e Niltinho para entrarem no som;** [...]"
>
> (Francisco Gutielison Ferreira Ribeiro - fls. 165/169 – grifos nossos).

As testemunhas de acusação oitivadas em juízo (fls. 96/104), uma das quais Jesus e Eliano Cavalcante Lima, que esteve no local do crime na companhia dos acusados, apontam estes e o menor Francisco Gutielison Ferreira Ribeiro como os autores dos delitos, tendo os policiais militares que participaram das investigações testificado o recebimento de várias ligações telefônicas de populares nesse mesmo sentido.

As testemunhas relacionadas pela defesa nada acrescentaram de relevante sobre os fatos, não os tendo presenciado, limitando-se a aduzir que desconhecem outras informações desabonadoras da conduta do réu Francisco Laerte de Souza (fls. 156/158).

Pois bem. Malgrado a arguição da defesa técnica do apelante Francisco Laerte de Souza de que o crime de roubo não ocorreu, pois ou ele responderia pelos crimes de latrocínio duplo ou por homicídio duplo, não sendo possível que responda pelos delitos de roubo e homicídio, incorre em equívoco em sua afirmação, visto que é francamente possível o concurso material de tais modalidades criminosas, bastando para tanto que, no contexto da dinâmica delitiva, se evidencie a presença de seus respectivos

elementos subjetivos, ou seja, que os agentes no decorrer do *iter criminis* revelem de forma autônoma o *animus furandi* e *o animus necandi.*

In casu, o acervo probatório colacionado aos fólios dá total respaldo ao entendimento perfilhado pelo Conselho de Sentença quanto à ocorrência da subtração dos bens da vítima assim como do extermínio de ambas mediante a ação conjunta dos acusados, cujas participações no sinistro, ainda que diferenciadas, foram determinantes para a consecução dos resultados tencionados e efetivamente verificados.

Nesse mesmo sentido:

> **STF -** AÇÃO PENAL. Crime. Qualificação jurídica. Condenação por latrocínio tentado. Subtração consumada. Não consecução da morte como resultado da violência praticada, mas apenas de lesão corporal grave numa das vítimas. **Dolo homicida reconhecido pelas instâncias ordinárias.** Impossibilidade de revisão desse juízo factual em sede de habeas corpus. Tipificação conseqüente do fato como homicídio, na forma tentada, em concurso material com o crime de roubo. Submissão do réu ao tribunal do júri. Limitação, porém, de pena em caso de eventual condenação. Aplicação do princípio que proíbe a *reformatio in peius*. HC concedido para esses fins. 1. **Se é incontroverso ter o réu, em crime caracterizado por subtração da coisa e violência contra a pessoa, com resultado de lesão corporal grave, agido com *animus necandi*, então os fatos correspondem ao tipo de homicídio na forma tentada, em concurso material com o de roubo.** 2. Reconhecida, em *habeas corpus*, a competência do tribunal do júri para rejulgar réu condenado por latrocínio tentado, mas desclassificado para tentativa de homicídio, não pode eventual condenação impor-lhe pena maior que a já fixada na sentença cassada. (**Grifos nossos**).
> (HC 91585, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-03 PP-00817 RTJ VOL-00208-01 PP-00251)

Prescindem, igualmente, de respaldo fático-jurídico as alegações escusatórias dos recorrentes, cada uma de *per si*, de que não bateram nas vítimas com um pedaço de pau, não tendo, assim, participação em suas mortes, primeiramente, porque há elementos de prova que asseguram que Francisco Laerte de Souza efetuou os golpes nas desditosas vítimas (fls. 165/169), e, em segundo lugar, porque o Código Penal brasileiro adota a Teoria Monista ou Unitária, segundo a qual todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas a este cominadas.[1]

Nesse esteira, a Teoria do Domínio Funcional sobre o Fato, também acolhida pelas fontes do direito penal brasileiro, preconiza que será classificado como coautor aquele que tem reais interferências sobre "como" e sobre "se" ocorre a infração penal, havendo, contudo, uma fixação operacional de papéis que lhe retira a

1 GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 87.

exclusividade quanto à efetiva prática do delito, entretanto, sem a sua colaboração, este não sucederia.[2]

In casu, repita-se, as condutas de ambos os recorrentes foram decisivas para que ocorressem os assassínios das vítimas: Nilton Teles da Silva, por amarrar uma das vítimas e fazer uso da faca tipo peixeira que as manteve sob a grave ameaça que lhes era infligida, instrumento esse que, segundo ele mesmo afirmou às fls. 62/64, foi utilizado pelo corréu para dar estocadas nas vítimas; Francisco Laerte de Souza, por também amarrar um dos ofendidos e por concretizar, juntamente com o menor Francisco Gutielison Ferreira Ribeiro, as lesões que culminaram em seus óbitos.

Com efeito, de acordo com os elementos de convicção encontradiços nos autos, constata-se a real possibilidade de que as circunstâncias do evento delituoso tenham ocorrido nos moldes da concepção albergada pelos juízes do povo, sendo facultado a estes, após a análise das teses da acusação e da defesa, optarem pela versão que entenderem mais consentânea com os fatos postos à sua apreciação.

A esta instância revisora compete unicamente aferir se tal versão possui lastro na prova produzida ou, de outro lado, se integralmente incompatível com o acervo probatório, sem se deter a respeito de qual proposição se apresenta mais ou menos verossímil.

Assim é que, no que concerne ao recurso das decisões do Tribunal do Júri, por imposição do princípio constitucional da soberania de seus veredictos, somente se pode desconstituir o julgamento proferido quando manifestamente contrário à prova dos autos, ou seja, quando totalmente apartado do conjunto probatório amealhado, revelando uma decisão abusiva e arbitrária, cujo vício dá supedâneo à realização de um segundo julgamento, situação não verificada no presente caso.

A jurisprudência nacional é pacífica sobre o tema, senão vejamos:

> **STJ** – *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO COM BASE EM ELEMENTOS COLETADOS EXCLUSIVAMENTE DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. SIGILO DAS VOTAÇÕES. PRINCÍPIO DA ÍNTIMA CONVICÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS UTILIZADOS PELOS JURADOS PARA CONDENAR A PACIENTE. 2. APELAÇÃO. ART. 593, INCISO III, ALÍNEA D, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. JUÍZO DE CONSTATAÇÃO. **DECISÃO QUE ENCONTRA ARRIMO NAS PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.** 3. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. A Lei n.º 11.690/2008, ao introduzir na nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal o advérbio "exclusivamente", permite que elementos informativos da investigação possam servir de fundamento ao juízo sobre

2 *Idem*, p. 88.

os fatos, desde que existam, também, provas produzidas em contraditório judicial. Noutras palavras: para chegar à conclusão sobre a veracidade ou falsidade de um fato afirmado, o juiz penal pode servir-se tanto de elementos de prova – produzidos em contraditório - como de informações trazidas pela investigação. Apenas não poderá se utilizar exclusivamente de dados informativos colhidos na investigação. 2. Os jurados julgam de acordo com sua convicção, não necessitando fundamentar suas decisões. Em consequência, é impossível identificar quais elementos foram considerados pelo Conselho de Sentença para condenar ou absolver o acusado, o que torna inviável analisar se o veredicto baseou-se exclusivamente em elementos coletados durante a investigação criminal ou nas provas produzidas em juízo. 3. **O art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal deve ser interpretado como regra excepcional, cabível somente quando não houver, ao senso comum, material probatório suficiente para sustentar a decisão dos jurados. De efeito, em casos de decisões destituídas de qualquer apoio na prova produzida em juízo, permite o legislador um segundo julgamento. Prevalecerá, contudo, a decisão popular, para que fique inteiramente preservada a soberania dos veredictos, quando amparada em uma das versões resultantes do conjunto probatório.** 4. **No caso, o Tribunal de Justiça de Pernambuco, ao manter a condenação da paciente, externando a sua convicção acerca dos fatos narrados na inicial acusatória, baseou-se não só nos elementos de informação colhidos durante a investigação. Apontou, também, depoimentos coletados durante a instrução criminal, que constituem fonte idônea de convencimento.** 5. O *habeas corpus* é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, que se mostra de plano ao julgador. Não se destina à correção de situações que, ainda que existentes, demandam para sua identificação, aprofundado exame de fatos e provas. Deveras, deve-se verificar a alegação de que os depoimentos coletados durante a instrução criminal "não servem à prova fiel e cabal da participação da paciente nos fatos narrados na denúncia" no juízo de maior alcance - o juízo de revisão criminal. 6. *Habeas corpus* denegado. (Grifos nossos).
(HC 173965/PE – Quinta Turma, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Julgamento: 01/03/2012, Publicação: DJe 29/03/2012).

STJ – *HABEAS CORPUS*. TRIPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO. APELO DA DEFESA. **VEREDICTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. DECISÃO DOS JURADOS QUE ENCONTRA AMPARO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.**
1. **Interposto recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Tribunal do Júri sob o fundamento desta ter sido manifestamente contrária à prova dos autos, ao órgão recursal se permite apenas a realização de um juízo de constatação acerca da existência ou não de suporte probatório para a decisão tomada pelos jurados integrantes do Conselho de Sentença, somente se admitindo a cassação do veredicto caso este seja flagrantemente desprovido de elementos mínimos de prova capazes de sustentá-lo.** 2. **Na hipótese em apreço, a Corte**

> **de origem, ao negar provimento à apelação interposta pela defesa, demonstrou que haveria nos autos suporte probatório para a decisão condenatória proferida pela Corte Popular, não havendo que se falar, pois, em anulação do julgamento realizado.** 3. Ademais, é de se ressaltar que este Sodalício reiteradamente vem decidindo que não é o *mandamus* a via apta a realização de juízo de constatação acerca da existência de provas para a decisão tomada pelos jurados integrantes da Corte Popular, pois demandaria análise aprofundada do contexto fático-probatório, vedada na via estreita do presente remédio constitucional, que possui rito célere e desprovido de dilação probatória, preservando, assim, o veredicto exarado pelos jurados no exercício da sua função constitucional, que é dotado de soberania. [*OMISSIS*]. (Grifos nossos).
> (HC 216727/MS – Quinta Turma, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Julgamento: 17/04/2012, Publicação: DJe 03/05/2012).

No que concerne à irresignação sobre os montantes das penas impostas aos apelantes, há três questões proeminentes na dosimetria levada a efeito na sentença da Juíza Presidente do Júri: 1º) arbitramento de penas-bases idênticas aos réus, apesar de se reconhecer para um deles três circunstâncias qualificadoras do homicídio e, para o outro, apenas duas; 2º) aplicação, para o crime continuado, da regra prevista no *caput* do art. 71, do CP, e não daquela constante do parágrafo único do mesmo dispositivo; e 3º) não aplicação das majorantes do crime de roubo admitidas pelo Conselho de Sentença.

Dos três pontos onde se mostra cabível proceder aos ajustes pertinentes, pelo menos dois deles são amplamente desfavoráveis aos recorrentes, isso porque, considerando o alto grau de reprovabilidade de suas condutas e as circunstâncias concretas em que foram cometidos os crimes: com manifesta crueldade e com o emprego de recurso que tornou impossível a defesa das vítimas, a regra aplicável ao caso é a da continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71, do CP, e não aquela constante do *caput* do citado artigo,[3] autorizando o agravamento da pena de um dos crimes até o triplo, e, desse modo, onerando a reprimenda muito além da fração adotada pela Juíza *a quo*.

Nesse sentido:

3 Art. 71 – do CP - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

> **STJ** - *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS E QUADRILHA ARMADA. CONCURSO DE CRIMES. QUATRO HOMICÍDIOS. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUMENTO DA REPRIMENDA PELO DOBRO. CULPABILIDADE ACENTUADA E MOTIVOS DO CRIME QUE JUSTIFICAM A ESCOLHA DA FRAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.
> 1. Tratando-se de quatro homicídios qualificados, praticados pelo mesmo réu contra vítimas diferentes, mas nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, incide a regra do parágrafo único do art. 71 do Código Penal, e não do seu *caput*, pois cuida-se de crime continuado específico, aquele que atinge bens personalíssimos. 2. Tendo o órgão colegiado fundado o aumento pelo dobro da reprimenda na torpeza pela qual foram praticados os ilícitos, na utilização de recurso que dificultou a defesa das vítimas e na culpabilidade acentuada do paciente, não se pode acoimar de desfundamentada ou injustificada a escolha do *quantum* de elevação, já que é o próprio legislador que permite que o aumento, em casos de crime continuado específico, se dê até o triplo, e não na forma do *caput* do art. 71 do CP, observado apenas os limites que seriam alcançados em caso de concurso material, e o de 30 anos, estabelecido no art. 75 do CP. 3. Ordem denegada.
> (STJ - HC: 130742 MG 2009/0042231-6, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 22/06/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/08/2010).

De igual forma, tendo os juízes do povo admitido, no roubo perpetrado pelos réus, três causas de aumento de pena relativamente a ambos, e não tendo sido aplicadas tais majorantes no cálculo realizado pela Judicante, sua imposição nesta sede também levaria ao recrudescimento das penas cominadas no *decisum*.

Destarte, tratando-se de recurso exclusivo da defesa, mostra-se inviável proceder à alteração reclamada pelos recorrentes, por força do princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Ex positis, não divisando mácula na orientação sufragada pelo Tribunal Popular do Júri da Comarca de Pedra Branca, nego provimento aos recursos interpostos, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 02 de dezembro de 2013.

PROCESSO: 0012950-03.2011.8.06.0070 – APELAÇÃO
APELANTE: REGINALDO GOMES DA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELAÇÃO CRIME DA DEFESA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO CRIME DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MAJORAÇÃO DA PENA BASE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RECURSO DA DEFESA CONHECIDO E IMPROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E PROVIDO.

1**.** O conjunto probatório contido nos autos respalda a condenação do acusado, pois devidamente provada a autoria, através dos depoimentos das testemunhas colhidos em juízo, e a materialidade, que foi consubstanciada ante aos exames periciais das substâncias apreendidas.

2. No presente caso, a quantidade de drogas apreendidas é significativa e foge ao padrão de posse pelo simples usuário, conforme demonstra a experiência forense, existindo, portanto, elementos suficientes e idôneos para comprovar que a conduta praticada pelo apelante se enquadra perfeitamente ao tipo penal de tráfico de drogas, e não de uso.

3. Impõe-se a majoração da pena-base acima do mínimo quando verificado que as circunstâncias judiciais são negativas e, ainda, a natureza e a quantidade da droga apreendida assim o recomendam.

4. Recurso da defesa conhecido e improvido, recurso do Ministério Público conhecido e provido.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em **conhecer** dos apelos da defesa e do Ministério Público, **negando** provimento aos da defesa e conferindo provimento aos do Ministério Público, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre Recurso de Apelação Criminal, interpostos pela Defesa de Reginaldo Gomes da Silva e pelo Representante do Ministério Público da 2ª Vara da Comarca de Crateús/Ce.

Em suas razões às fls. 118/122, a Defesa postula a desclassificação do delito de Tráfico de Drogas para Uso de Drogas. Já o Ministério Público, requer em suas razões recusais às fls. 107/112, a majoração da pena base por entender que esta foi exasperada minimamente diante de tantas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu.

A defesa e o Ministério Público apresentaram seus contraditórios recursais, às fls. 123/127 e 142/146, respectivamente, seguindo-se parecer da Procuradoria Geral de Justiça, manifestando-se pelo não provimento à ambos os apelos.

É o breve relato.

À Douta Revisora.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço dos recursos interpostos.

Conforme consta na denúncia, no dia 18 de fevereiro de 2011, por volta das 18:20hs, no interior da Cadeia Pública do Município de Crateús, policiais militares realizando uma vistoria no estabelecimento prisional, encontraram na mochila do apelante, 40 (quarenta) pedras de "crack", pesando cerca de 8,8g e algumas porções de maconha, pesando 14,9g.

Em suas razões recursais, o apelante requer a desclassificação do delito de Tráfico de Drogas para Uso de Drogas, art. 28 da Lei 11.343/06.

Já o Ministério Público, requer em suas razões recusais a majoração da pena base, por entender que esta foi exasperada minimamente diante de tantas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu.

Primeiramente, para determinar se a droga destina-se ao consumo pessoal ou ao tráfico, consoante o disposto no artigo 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006, o Juiz atentará para a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

No presente caso, entendo que a quantidade de porções, a diversidade, a natureza, a forma de apresentação e acondicionamento da droga, são elementos que estão a indicar que se destinava à mercancia, não ao consumo pessoal. Além disso, pelos antecedentes criminais do apelante, chegamos à conclusão de que o mesmo já era

conhecido na pratica do crime de tráfico na localidade.

Nesse contexto, cabe-nos ressaltar um trecho da sentença do Juízo Singular, na qual formou seu livre convencimento da análise minuciosa dos elementos colhidos durante a instrução criminal, concluindo, portanto, pela existência do crime de tráfico de drogas, como se observa dos seguintes excertos, *in verbis* :

> "(…) Importa destacar que a quantidade de droga aprendida em poder do acusado (40 pedras de crack) não denota que o mesmo a destinava para o consumo próprio, ainda mais quando se trata de "crack", a qual possui elevado grau de lesividade. Outrossim, não há qualquer registro nos autos de que o denunciado, no tempo que esteve preso, teve qualquer crise de abstinência. Ademais, verifica-se que na delegacia o réu informou que: "comprou a pedra de crack por R$ 50,00 (cinquenta reais) e a maconha foi comprada por R$ 10,00 (dez reais); que antes de ir para cadeia pública, quebrou a pedra de crack em quarenta pedrinhas. "Ora, se a droga era pra consumo próprio, não haveria necessidade de divisão da droga em partes menores, deixando-a pronta para o comércio. Portanto, a quantidade de droga apreendida, a forma de acondicionamento dos entorpecentes, separados em pequenas porções, e a diversidade da droga que o acusado trazia consigo (crack e maconha) evidenciam o propósito mercantil(...)".

Portanto, a quantidade de drogas, o modo de acondicionamento e armazenagem, as circunstâncias em que foi realizada a prisão do apelante, bem como os depoimentos seguros e coerentes dos policiais, demonstram, sem dúvida, que o apelante realizava o tráfico de substâncias entorpecentes.

Vale salientar, por oportuno, que este tipo penal (art. 33 da Lei 11.343/06) é de conteúdo múltiplo, exigindo apenas, a subsunção da conduta do agente a um dos verbos ali narrados (no caso em tela "ter em depósito"), sendo desnecessária, portanto, a comprovação do exercício da mercancia da droga apreendida.

Nessa linha de entendimento já se posicionou o colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> "Sendo o tráfico de entorpecentes classificado como crime de ação múltipla, praticando o agente qualquer dos dezoito verbos descritos no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, mesmo que mais de um deles, estará sujeito à reprimenda prevista no preceito secundário do tipo**.** [...]**"**
> (STJ, HC 125617/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJ de 15/12/2009)".

> "A noção legal de tráfico de entorpecentes não supõe, necessariamente, a prática de atos onerosos ou de comercialização."
> (STJ, HC 69.806/GO, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 04/6/93).

Portanto, os elementos de convicção trazidos aos autos, são robustos, suficientes e idôneos para comprovar que a conduta praticada pelo apelante se enquadra

perfeitamente ao tipo penal descrito no art. 33 da Lei 11.343/06, sendo completamente inviável a desclassificação da conduta do acriminado para o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/06.

Assim sendo, rejeito o pedido de desclassificação para o tipo previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, eis que, ao contrário do que alega a defesa, as provas constantes dos autos são suficientes para embasar o decreto condenatório pelo crime de tráfico.

No que concerne à pena-base aplicada, entendo que o apelo feito pelo Ministério Público merece prosperar. Vê-se da decisão atacada que o magistrado *a quo* considerou negativamente quase todas as circunstâncias judiciais esculpidas no art. 59 do CPB, no entanto, fixou a pena-base somente em 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses de reclusão, exasperando-a minimamente, o que entendo ser insuficiente para o presente caso.

Além disso, o próprio Magistrado em sua sentença reconhece as consequências gravíssimas do fato praticado, já que, conforme ressabido, o tráfico de entorpecentes é um delito que traz infortúnios e desgraças a muitos lares, o que, sem dúvidas, motiva a aplicação de uma pena acima do mínimo.

Outrossim, tem-se também como consequência negativa do crime a natureza do entorpecente apreendido "crack" – droga esta de maior nocividade à saúde pública, dado ao seu alto grau de dependência física e psíquica.

Ademais, consoante a redação do artigo art. 42 da Lei n. 11.343/06: "...O Juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal , a natureza e quantidade da substância ou do produto..." , ou seja, ao magistrado *a quo* é imperativo a apreciação das circunstâncias do art. 59 do Código Penal conjuntamente com o que determina o art. 42 da Lei de Drogas supracitada, o que, *in casu*, como visto, não ocorreu.

Dessa forma, provejo o recurso ministerial, a fim de reformar a decisão lançada e fixar a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão, mantendo o aumento de 02 (dois) meses em razão da circunstância agravante de reincidência, prevista no art. 65, inciso I do Código Penal Brasileiro, e aumentando-a em 1/6, em, razão da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III da Lei 11.343/06, tornando-a definitiva em 07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais multa no valor de 500 (quinhentos dias multa), no regime inicial fechado.

EM FACE DO EXPOSTO, voto pelo conhecimento dos recursos da defesa e do Ministério Público, negando provimento ao recurso da defesa e conferindo provimento ao recurso do Ministério Público.

É como VOTO.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

PROCESSO: 0041457-03.2013.8.06.0167 - APELAÇÃO
APELANTE: SOLANGE ARCANJO DE MESQUITA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE (ART. 33 C/C ART. 40, III DA LEI 11.343/06) – PLEITO OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO SOB O ARGUMENTO DE TER AGIDO MEDIANTE COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL E, ALTERNATIVAMENTE, PELA REDUÇÃO DA PENA BASE; PELA APLICABILIDADE DO §4º DO ART. 33 EM SEU GRAU MÁXIMO; DO REGIME ABERTO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA; RESTRITIVAS DE DIREITO, BEM COMO PELA DISPENSA DA PENA DE MULTA – 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. Pena base que fora diminuída para a mínima legal ante a aplicabilidade da atenuante da confissão mantida em sua integralidade.

4. O magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no *quantum* reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Redução em 1/3 (um terço) mantida.

5. MANTENHO O *DECISUM A QUO* QUANTO À AO REGIME APLICADO PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA, QUAL SEJA, O SEMIABERTO, BEM COMO

DEIXO DE CONVERTER A PENA APLICADA EM RESTRITIVA DE DIREITOS, UMA VEZ QUE ENTENDO NÃO SER, TAL MEDIDA, O SUFICIENTE, NOS TERMOS DO ART. 33, §3º E 44, III, AMBOS DO CP.
6. LEMBRANDO-SE QUE A ORA APELANTE, COM A DESCULPA DE VISITAR SEU COMPANHEIRO, ADENTROU-SE NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL TRAZENDO CONSIGO NO INTERIOR DE SUA GENITÁLIA TRÊS TABLETES DE MACONHA PRENSADA E 119 COMPRIMIDOS DE RIVOTRIL.
7. O ARTIGO 49, DO CÓDIGO PENAL – QUE CUIDA DA PENA PECUNIÁRIA –, NÃO TRAZ QUALQUER RESTRIÇÃO A SUA IMPOSIÇÃO, NEM MESMO EM RELAÇÃO ÀQUELES CONSIDERADOS JURIDICAMENTE POBRES. A POSTULAÇÃO JURÍDICA APRESENTADA, PORTANTO, ATENTA CONTRA O PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE PENAL, POR INEXISTIR DISPOSITIVO LEGAL A LHE DAR AMPARO.
8. 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 SOLANGE ARCANJO DE MESQUITA, devidamente qualificada na *exordial*, pela prática do delito previsto no art. 33 c/c art. 40, III, ambos da lei 11.343/06.

Denúncia recebida em 12.04.2013, fls. 35/36.

Finda a instrução do feito sobreveio aos autos sentença de fls. 68/77 dos

autos, esta datada de 25.06.2013 e publicada em 01.07.2013, condenando a ré a uma pena de 3 (três) anos e 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, bem como ao pagamento de 388 dias multa.

Apelação da ré pugnando por sua absolvição, ante a aplicabilidade da coação moral irresistível e, alternativamente, pela redução da pena base; pela aplicabilidade do §4º do art. 33 em seu grau máximo; do regime aberto para início de cumprimento da pena; restritivas de direito, bem como pela dispensa da pena de multa, fls. 91/92 com suas respectivas razões às fls. 96/106.

Contrarrazões do representante do Ministério Público às fls. 110/112.

Instada a manifestar-se, opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra da Dra. Vera Maria Fernandes Ferraz, 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, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, assim como ao pagamento de 388 dias multa, interpôs a ré o presente apelo pleiteando por sua absolvição, ante a aplicabilidade da coação moral irresistível e, alternativamente, pela redução da pena base; pela aplicabilidade do §4º do art. 33 em seu grau máximo; do regime aberto para início de cumprimento da pena; restritivas de direito, bem como pela dispensa da pena de multa.

Sem razão a apelante quanto à sua irresignação. Explico:

A materialidade delitiva é inequívoca, restando sobejamente comprovada pelo auto de apresentação e apreensão (fl. 13) e Laudos Toxicológicos (fls. 14 e 17; 66/67).

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 ter os suprimentos cortados pela genitora de seu marido, este 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, 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 coagida a assim proceder.

Saliente-se que, como bem vem entendendo os magistrados de primeiro grau, 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 um "exército" de pessoas se prestando à humilhação e ao vexame de ingressar em presídios com entorpecente. Tal situação é inaceitável.

assim, no meu sentir, a condenação lastreou-se em provas não meramente indiciárias, mas em provas robustas angariadas durante o processo que observou devidamente o contraditório e a ampla defesa não havendo que se falar, portanto, em absolvição.

no que tange ao pleito de redução da pena base para a mínima legal, não vejo razão para assegurar-lhe o êxito do que se pleiteia. vejamos:

ao analisar as circunstâncias do art. 59 do cp, bem como o art. 42 da lei em estudo, entendeu o douto juiz *a quo* pela aplicabilidade da pena base um pouco acima

do mínimo legal, ou seja, 6 (seis) anos de reclusão, frente à natureza e quantidade das drogas apreendidas, esta posteriormente diminuída ante a aplicabilidade da atenuante da confissão, chegando-se à pena base mínima legal de 5 (cinco) anos, razão pela qual não há questionar-se referida redução.

No que tange ao pleito alternativo de aplicabilidade do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 em seu grau máximo observa-se que sem razão a apelante.

O magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no *quantum* reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

A propósito:

> **EMENTA: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* RELATIVO À CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INOCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. "**O MAGISTRADO NÃO ESTÁ OBRIGADO A APLICAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 EM SEU PATAMAR MÁXIMO QUANDO PRESENTES OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE TAL BENEFÍCIO, TENDO PLENA AUTONOMIA PARA APLICAR A REDUÇÃO NO *QUANTUM* REPUTADO ADEQUADO DE ACORDO COM AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO" (HC 99.440/SP, DA MINHA RELATORIA, DJE-090 DE 16.05.2011)**. CONTUDO, A FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO DEVE SER SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA E NÃO PODE UTILIZAR OS MESMOS ARGUMENTOS ADOTADOS EM OUTRAS FASES DA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA DETERMINAR AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE BELO HORIZONTE/MG QUE PROCEDA A NOVA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA OBSERVANDO-SE A ADEQUADA MOTIVAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006.33§ 4º11.343§ 4º3311.34333§ 4º11.343.**
> (106295 DF , Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 10/04/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-100 DIVULG 22-05-2012 PUBLIC 23-05-2012). Grifei

Em assim sendo, sou pela manutenção do *decisum a quo* quando da aplicabilidade da causa de diminuição em seu patamar de 1/3 (um terço).

Mantenho o *decisum a quo* quanto à ao regime aplicado para início do cumprimento da pena, qual seja, o semiaberto, bem como deixo de converter a pena aplicada em restritiva de direitos, uma vez que entendo não ser, tal medida, o suficiente, nos termos do art. 33, §3º e 44, III, ambos do CP.

Importante frisar-se, por oportuno, que a ora apelante, coma desculpa de visitar seu companheiro, adentrou-se nas dependências de estabelecimento prisional trazendo consigo no interior de sua genitália três tabletes de maconha prensada e 119 comprimidos de Rivotril.

Por fim, em relação ao pleito de dispensa da multa aplicada, sem razão a apelante também quanto à sua irresignação.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça já assentou que inexiste previsão legal para a isenção da pena de multa em razão da situação econômica do acusado, devendo esta servir, tão somente, de parâmetro para a fixação do valor de cada dia multa (REsp 838154/RS, Rel. Min. Félix Ficher, 5ª Turma, DJ 18/12/06 p. 500).

Noutro norte, ressalte-se que a *mens legis* tratou de forma diferenciada a pena pecuniária em razão da espécie delitiva do tráfico, cujo objetivo é, além de política criminal, mais uma forma de impelir sanção mais severa a este tipo de crime de consequências imensuráveis à saúde pública.

De igual forma, impende consignar que o artigo 49, do Código Penal – que cuida da pena pecuniária –, não traz qualquer restrição a sua imposição, nem mesmo em relação àqueles considerados juridicamente pobres. A postulação jurídica apresentada, portanto, atenta contra o princípio da estrita legalidade penal, por inexistir dispositivo legal a lhe dar amparo.

A propósito:

> **"**[...] **3. O fato de o acusado ser juridicamente pobre não impede a fixação da pena de multa, mormente quando esta decorre de expressa previsão legal. Eventual isenção deve ser dirimida pelo juízo de execuções penais** [...]**".** (grifei) (APR 20060810070072, acórdão nº 400539, Relator EDSON ALFREDO SMANIOTTO, 1ª Turma Criminal, julgado em 12/11/2009, DJ 24/02/2010 p. 157)
>
> **"**[...] **5. A pena de multa, quando prevista, é de aplicação obrigatória, não podendo ser dela dispensado, inclusive, aquele que se diz pobre e desempregado** [...]**"** (grifei) (APR 20080710265133, acórdão nº 361612, Relator ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 2ª Turma Criminal, julgado em 04/06/2009, DJ 19/08/2009 p. 154)
>
> **"**[...] **não há previsão legal que permita ao julgador isentar o réu da pena de multa, imposta cumulativamente à pena privativa de liberdade, em razão da alegada pobreza do mesmo** [...]**"** (grifei) (REsp 683122/RS, Relator Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, julgado em 24/11/2009, DJe 03/05/2010)
>
> **"**[...] **3. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, cominada a pena de multa ao delito, a sua imposição ao agente é de caráter necessário, haja vista cuidar-se de sanção penal, não sendo**

> **possível a isenção da pena de multa ante a inexistência de previsão legal** [...]**”.** (grifei)
> (REsp 735898/RS, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 17/09/2009, DJe 13/10/2009)
>
> **“**[...] **A MULTA DECORRE DE IMPOSIÇÃO LEGAL, E NÃO AUTORIZA ISENÇÃO. COMPETE AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS AVALIAR A VIABILIDADE DE SUA EXECUÇÃO IMEDIATA.** [...]**”** (GRIFEI)
> (APR 20050111037476, RELATOR SÉRGIO BITTENCOURT, 1ª TURMA CRIMINAL, JULGADO EM 29/11/2007, DJ 21/08/2008, P. 115)

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: 0004250-32.2010.8.06.0051 – APELAÇÃO
APELANTE: JOSÉ VICENTE DA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA PENAL. APELAÇÃO CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ART. 59 DA LEI SUBSTANTIVA PENAL. IMPOSSIBILIDADE.
Embora a fixação da pena-base seja vinculada às variantes mínima e máxima, a avaliação do *quantum* suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal está a cargo do Juiz dentro dos parâmetros abstratamente fixados pelo legislador para a pena. Desse modo, a majoração quantitativa acima do mínimo está dentro do poder discricionário do qual o juiz é detentor.
RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

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 recurso, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

RELATÓRIO

José Vicente da Silva, apela da sentença que o condenou a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, regime inicialmente aberto, mais multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, pela prática do delito tipificado no art. 14, da Lei nº 10.826/03.

Sem negar o fato punível, insurge-se, contudo, contra a reprimenda, alegando que a primariedade e os antecedentes, que lhe são favoráveis, lhe beneficiariam com uma pena-base no mínimo legal.

Nesse contexto, requer a reforma da sentença monocrática a fim de que seja a pena privativa de liberdade reduzida para o mínimo legal.

A Promotoria, no revide, critica a pretensão e predica a manutenção do *decisum* tal como proferido.

Ouvida, a PGJ é pelo improvimento do recurso.
Relatório, em síntese.
À douta revisão.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

A autoria e a materialidade do ato punível não são objeto de impugnação, limitando-se a irresignação, somente, à dosimetria da pena.

A esse respeito, na fixação da censura penalógica o juiz sentenciante estabeleceu a basilar em 3 (três) anos de reclusão – 1 ano acima do mínimo legal, reduzindo-a de 6 (seis) meses pelo reconhecimento da atenuante da confissão.

Argumenta o recorrente, no azo, que o juiz sentenciante, ao proceder ao doseamento da censura penal, não ponderou corretamente as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

A respeito, acrescento que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são da discricionária apreciação do magistrado, que, ao fixar a duração da pena, não está obrigado a analisar cada uma delas, bastando fixar-se nas reputadas decisivas para a dosagem em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Dessa forma, o juiz monocrático analisou detidamente as circunstâncias judiciais, fundamentando de forma satisfatória o aumento perpetrado à pena-base, nos seguintes termos:

> "(...)
> CULPABILIDADE – Ressoa grave, pois além da arma ter poder de fogo, se encontrava municiada na ocasião em que foi apreendida, graças à ação de polícia;
> ANTECEDETNES – Bons, pois, o acusado não registra antecedentes criminais, verificando-se não ser possuidor de fatos desabonadores, de acordo com as certidões anexadas aos autos;
> CONDUTA SOCIAL – calma, segundo depoimento testemunhal;
> PERSONALIDADE DO AGENTE – não há elementos nos autos;
> MOTIVAÇÃO DO CRIME – as razões que levaram o acusado a cometer o delito, podem ser consideradas de média reprovação, porque não obstante ser proibido qualquer cidadão civil andar armado, este alega ter arma para defender-se.
> CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – Entendo-as graves, pois, o acusado portava uma arma em meio à sociedade (...)"

Assim, vê-se que não há qualquer reparo a ser feito na fixação da pena-base, visto ter sido suficientemente fundamentada e levadas em consideração cada uma das circunstâncias previstas no artigo 59, do Código Penal, razão pela qual deve ser mantida.

Guilherme de Souza Nucci, conceitua "a fixação da pena como um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada)" (*in* Código Penal Comentado, 9ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 388).

Dessa forma, percebe-se que o magistrado, na fixação da pena-base, ao exasperá-la, norteou-se, com critério e acerto, pelas diretrizes do art. 59 do CPB, pelo que se tem a reprimenda como justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade.

Nesse diapasão, considera-se que a pena base foi aplicada obedecidos os parâmetros legais e em consonância com a jurisprudência pátria, vejamos:

> STJ: "Ao proceder a individualização da pena, o Juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva – culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente – e de natureza objetiva – motivos, circunstâncias e consequências do crime – fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade" (RT 732/605-6)

Dessa forma, embora a fixação da pena-base seja vinculada às variantes mínima e máxima, a avaliação do *quantum* suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal está a cargo do Juiz dentro dos parâmetros abstratamente fixados pelo legislador para a pena. Desse modo, a majoração quantitativa acima do mínimo está dentro do poder discricionário do qual o juiz é detentor.

No azo, importante destacar o seguinte entendimento jurisprudencial:

> "As circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CP são da discricionária apreciação do magistrado, que ao fixar a duração da pena, não está obrigado a analisar exaustivamente cada uma delas, bastando fixar-se nas reputadas decisivas para a dosagem – no caso bem explícitas pelas instâncias ordinárias". (STF/RT 641/397-8).

É de se considerar, outrossim, que o fato de ser o réu primário não lhe beneficia com redução de pena, pois, se não fosse primário o apelante, incidiria, sim, a agravante da reincidência, não lhe beneficiando, senão na primeira fase da aplicação da pena, a primariedade. Pelas razões expostas, entendo que a elevada reprovabilidade da conduta do agente autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em virtude do que mantenho-a no **quantum** estabelecido, montante que concebo ser suficiente para a prevenção e reprovação da infração.

É como voto.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

PROCESSO N°: 2269-18.2005.8.06.0091/1
TIPO DE PROCESSO: APELAÇÃO
COMARCA: FORTALEZA/CE
JUÍZO ORIGINÁRIO: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE IGUATU/CE
APELANTES: ELIZEU MARTINS NUNES, JOHN WAYNE MARCELO FERREIRA, RAULINO PASSOS LANDIM, EDVALDO GOMES e CÉSAR ORMEDO
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES COM ASSOCIAÇÃO EVENTUAL DE AGENTES. ART. 12 C/C ART. 18, III, DA LEI N° 6.368/76. RECURSO DA DEFESA. 1. PRELIMINARES DE NULIDADES. PARCIAL CONHECIMENTO. PARTE DAS MATÉRIAS ALEGADAS JÁ DECIDIDAS EM SEDE DE *HABEAS CORPUS* JULGADO POR ESTA CORTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÕES FINAIS OFERTADAS POR UM ÚNICO CAUSÍDICO EM NOME DE VÁRIOS RÉUS COM DEFESA COLIDENTES. NÃO VERIFICAÇÃO. REJEIÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 2. PLEITO ABSOLUTÓRIO. DESCABIMENTO. CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO AUTORIZA A MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. 3. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 12 DA LE Nº 6368/76 NA FORMA TENTADA. IMPOSSIBILIDADE. TRANSPORTE DE DROGA CONFIGURADO. CONDUTA PREVISTA NO ART. 12 DA LEI N 6368/76. 4. DOSIMETRIA. PENA EXACERBADA. DESCABIMENTO. REPRIMENDAS FUNDAMENTADAS. ATENDIMENTO AOS PARÂMETROS PREVISTOS NOS ARTS. 68 E 59 DO CPB. 5. SUPERVENIÊNCIA DE LEI MAIS BENÉFICA. *ABOLITIO CRIMINIS*. ART. 18, III, DA LEI Nº 6368/76 – ASSOCIAÇÃO EVENTUAL DE AGENTES PARA O TRÁFICO. NÃO PREVISÃO DA CAUSA ESPECIAL

DE AUMENTO DE PENA NA NOVA LEI DE DROGAS - Nº 11.343/06. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS EX OFFICIO*. PENAS REDIMENSIONADAS. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO A CORRÉU NÃO APELANTE NOS TERMOS DO ART. 580 DO CPP. RECURSOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E DESPROVIDOS. Penas Redimensionadas mediante Concessão De *Habeas Corpus Ex Officio*.

1. Não cabe conhecer preliminares de nulidade da sentença com base na nulidade do flagrante, inépcia da denúncia e cerceamento de defesa quanto à intimação do causídico para ofertar alegações preliminares e ainda ausência do advogado e dos réus em audiência realizada em comarca diversa, quando a questão já foi decidida por esta Corte de forma definitiva em julgamento de *habeas corpus*.

2. Ainda com relação à questão preliminar, conhece-se da alegação de cerceamento de defesa com base no fato de um único advogado haver ofertado as alegações finais em favor de réus com defesas colidentes. No entanto, não se verificou qualquer causa de nulidade, uma vez que embora parte dos réus tenha confessado o crime, alegaram não conhecer os demais, nem lhes atribuíram qualquer conduta delituosa, impondo-se a rejeição da preliminar suscitada.

3. O contexto fático-probatório aponta para a autoria dos recorrentes que se encontravam em veículo diverso daquele onde foram encontrados ao todo 125,95 kg de maconha, restando evidenciado o liame subjetivo no transporte da droga entre os ocupantes dos dois veículos que percorreram longo percurso desde o Estado do Mato Grosso do Sul, e se deslocavam mantendo curta distância um do outro, um deles servindo como "batedor", procedimento comum no transporte de drogas ilícitas.

4. Com relação ao pleito absolutório formulado pelo recorrente que na qualidade de taxista foi surpreendido no interior do veículo que transportava a droga restou evidenciada a sua culpabilidade.

5. Impossível a desclassificação da conduta prevista no art. 12 da Lei n° 6368/76, para a forma tentada, uma vez que o ato de

transportar a droga, uma das condutas ali previstas, já implica na consumação.

6. As reprimendas restaram estabelecidas conforme os parâmetros previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal. A pena-base foi fixada com base em elementos concretos, ressaltando-se as circunstâncias do crime, notadamente a quantidade de droga e o longo percurso percorrido pelos agentes criminosos – mais de quatro mil quilômetros – no intuito de levar a droga até a Capital deste Estado, sendo sua ação flagrada graças à diligente ação policial. Com relação ao recorrente que recebeu sanções mais severas, tal fato está justificado pela evidência de que ele, na qualidade de empresário e pessoa de posses exercia poder de comando da operação sobre os demais corréus.

7. Concedido *habeas corpus ex officio* para redimensionar as penas privativas de liberdade, considerando a superveniência de lei mais benéfica, ocorrendo no caso, a *abolitio criminis* com relação ao art. 18, III da Lei nº6368/76. Tal dispositivo restou revogado pela nova Lei de Drogas – nº 11.343/06, não mais subsistindo a causa especial de aumento de pena atinente à associação eventual para o tráfico. Estendido benefício a corréu não apelante nos termos do art. 580 do CPP. Circunstância de caráter objetivo.

8. Recursos conhecidos com relação a dois recorrentes e parcialmente conhecidos com relação a outros três, sendo todos desprovidos. Penas redimensionadas mediante concessão de *habeas corpus ex officio.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº2269-18.2005.8.06.0091/1, em face de sentença prolatada pelo Excelentíssimo Senhor Juiz da 2ª Vara da Comarca de Iguatu, em que são apelantes Elizeu Martins Nunes, John Wayne Marcelo Ferreira, Raulino Passos Landim, Edvaldo Gomes e César Ormedo,

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer *in totum* dos recursos ofertados por Elizeu Martins Nunes, John Wayne Marcelo Ferreira e parcialmente com relação aos réus Raulino Passos Landim, Edvaldo Gomes e Cesar Ormedo, e a todos,

negar provimento. Concedem, outrossim, à unanimidade, *habeas corpus ex officio* para redimensionar as penas privativas de liberdade com relação à condenação pelo art. 12 da Lei nº 6368/76, para quatro anos e seis meses de reclusão em relação aos recorrentes Edvaldo Gomes, César Ormedo e John Wayne Marcelo Ferreira; cinco anos com relação a Elizeu Martins Nunes; e seis anos e seis meses com relação ao réu Raulino Passos Landim. Estendem os efeitos do *habeas corpus ex officio*, nos termos do art. 580 do CPP, ao corréu Valderlei Rodrigues Ferreira, reduzindo a pena privativa de liberdade para cinco anos de reclusão mantido o regime fechado, possibilitado o direito à progressão de regime, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal, tudo em consonância com o voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 29 de outubro de 2013.

VOTO

Como relatado, trata-se de recursos apelatórios interpostos por Elizeu Martins Nunes, John Wayne Marcelo Ferreira, Raulino Passos Landim, Edvaldo Gomes e César Ormedo em face de sentença condenatória, nos termos do art.12, c/c 18, III, da Lei n° 6368/76.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos presentes recursos.

Cingem-se os recursos aos seguintes pleitos:

Elizeu Martins Nunes: desclassificação do art. 12 da Lei n° 6368/76 para a forma tentada.

John Wayne Marcelo Ferreira: absolvição.

Raulino Passos Landim, Edvaldo Gomes e César Ormedo: nulidade da sentença – sob a alegação de inépcia de inicial, nulidade do flagrante, e cerceamento de defesa; alternativamente, absolvição, ou redução da pena, embora não formule pedido específico, diz que a pena-base foi fixada acima do patamar mínimo legal sem a devida motivação. No azo, aduzem que foram transferidos para presídio de segurança máxima localizados na Comarca de Juazeiro do Norte, não obstante sejam presos provisórios.

DAS PRELIMINARES DE NULIDADE

O pleito de anulação da sentença, formulado pelos réus Raulino Passos Landim, Edvaldo Gomes e Cesar Ormedo, não merece prosperar.

Quanto ao argumento de inépcia da inicial, já havia sido suscitado por ocasião da apresentação da defesa preliminar dos recorrentes, enfrentando o magistrado a questão, por ocasião do recebimento da exordial, com bastante propriedade (fl.160).

> Alegações de inépcia da denúncia: "Segundo a defesa a denúncia seria muito evasiva quanto aos fatos que levariam à participação de cada um dos denunciado"[sic]
> Não é o que se observa ao ler a mencionada peça processual, que discorreu de forma assaz satisfatória sobre a conduta que teria sido praticada por cada um dos acusados.
> É indiscutível que os fatos apresentados pelo autor da ação penal deverão ser comprovados em juízo, com a instrução processual, mas não aproveita aos réus a alegativa de na denúncia não haveria a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias.

O despacho em referência foi um dos pontos de insurgência enfrentado por este órgão julgador no *habeas corpus* n° 2005.0021.2284-9, figurando como pacientes Raulino Passos Landim, Edvaldo Gomes, Jhon Wayne Marcelo Ferreira e César Ormed, tendo como relator o Excelentíssimo Senhor Desembargador João Byron de Figueiredo Frota, merecendo destaque o seguinte trecho do voto, acolhido por unanimidade por esta 2ª Câmara Criminal:

> Por fim, respeitante ao último argumento da impetração, rotulada a ação penal como destituída de justa causa, pugnando pelo seu trancamento, não emerge aporte jurisprudencial para agasalho do tema.
> É que a ausência de justa causa fundamenta-se na carência de provas (incluindo a indiciária) para sustentar a existência e manutenção da investigação policial ou do processo criminal, o que não se cuida, à toda evidência, na hipótese colacionada.
> (...)
> Por fim, não há qualquer afronta, por parte do decisório que recebeu a denúncia e instaurou a ação penal, já na fase instrutória, à responsabilidade penal subjetiva, materializada na autoria pessoal do fato ilícito (praticado com dolo ou culpa), nem, tampouco, ofensa à dignidade humana, vez que a denúncia encontra-se forrada em elementos concretos de convicção e a ação penal será processada com rigorosa observância do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

No que pertine à alegação de nulidade do flagrante, o *habeas corpus* mencionado tratou do pedido pelo qual se denegou a liberdade dos réus, mantendo a prisão dos recorrentes, por estarem presentes os pressupostos da prisão preventiva, portanto resta superada a questão atinente à nulidade do auto de prisão em flagrante, de forma que não há como se conhecer de tais alegações.

Todavia, insta tecer algumas considerações sobre o alegado excesso de prazo para lavratura do flagrante, destacando trecho do despacho pelo qual o magistrado ao receber a inicial afastou a insurgência:

> Não existem elementos que permitam visualizar qualquer excesso de prazo na elaboração do auto de prisão em flagrante.
> Embora esta circunstância não tenha o condão de impedir o recebimento da denúncia, vale ressaltar que os acusados foram presos pelos policiais que prestavam serviço no posto da CPRV, localizado na saída de Iguatu com destino a Fortaleza, no dia 11 de junho de 2005.
> Conforme lê-se no mencionado flagrante, sua lavratura ocorreu no mesmo dia da prisão, por voltas das 18:17[vide a fl.8 do processo].
> A defesa alegou a existência de excesso de prazo, mas sem indicar qualquer evidencia neste sentido, sequer mencionou qualquer folha dos autos que confirme sua alegação, preferindo ignorar a informação lançada no próprio auto de prisão em flagrante.
> Assim, tem-se por inócua tal alegativa, dada a absoluta falta de respaldo na prova.

Como se percebe, as alegações das nulidades acima referidas são completamente inconsistentes, não merecendo sequer ser conhecidas, uma vez que já apreciadas por esta Corte.

No que concerne às alegações de nulidade, sob o argumento de cerceamento de defesa, aduzem os recorrentes, devem ser parcialmente conhecidas, a saber:

Apresentação da defesa preliminar por advogado nomeado, deixando de intimar o advogado constituído pelos réus.

Essas alegações também foram refutadas no *habeas corpus nº 2005.0021.2284-9*, já referenciado, também não merecendo sequer ser conhecidas:

> Estão centrados no cerceamento de defesa, com a conseqüente nulidade dos atos processuais praticados (intimação e defesa preliminar) pelo defensor nomeado, quando os acusados dispunham de patrono judicial constituído; excesso de prazo na formação da culpa, encarcerados por mais tempo do que autoriza a legislação e a jurisprudência, sem encerramento da instrução criminal;
> desnecessidade da manutenção do aprisionamento, não subsistindo os requisitos da prisão preventiva e, finalmente, não configuração do ilícito penal praticado pelos pacientes, carecendo a ação penal de justa causa para sua instauração e desenvolvimento válido e eficaz, requerendo o trancamento.
>
> Respeitante ao primeiro argumento, de nulidade por cerceamento de defesa, vez que não obstante os pacientes terem advogado constituído, com procuração nos autos acostada em pedido de liberdade provisória, o judicante monocrático olvidou de intimá-lo para apresentação de defesa preliminar (art. 38, Lei nº 10.409/03), nomeando outro causídico para a prática do ato judicial, que o realizou tempestivamente, argüindo o que entendeu pertinente, bem assim, antes mesmo de realização do interrogatório judicial, expediu carta precatória à Comarca de Maracanaú-Ce, com escopo de inquirir as testemunhas arroladas pela acusação pública, sem intimação do patrono constituído.

Não emergem foros de acolhimento ao argumento deduzido, vez que os pacientes intimados para apresentação da defesa preliminar deixaram transcorrer o prazo sem manifestação.[grifo nosso]

Foram citados no dia 01 de junho de 2005 (fls. 109 v), sendo que apenas o acusado Eliseu Martins Nunes atendeu ao chamamento judicial e defendeu-se por meio de patrono constituído (fls. 110/112).

Os demais acusados, entre eles os pacientes, deixaram fluir em branco o prazo previsto na legislação, tendo o magistrado nomeado advogado para patrocinar as defesas preliminares e, diligentemente, ainda comunicado ao patrono constituído, no caso o impetrante, da nomeação de outro defensor.

Mesmo assim, o patrono constituído no pleito de liberdade provisória, cientificado da nomeação de outro profissional do direito para a resposta preliminar à acusação oficial, manteve-se completamente inerte (fls. 115).

Foram alegadas preliminares nas defesas e elaborado o rol de testemunhas, tendo o defensor livre trânsito e franca comunicação com os pacientes.

A legislação impõe a citação do acusado (não necessitando de intimação do defensor), para apresentação da defesa preliminar, antes
do recebimento da denúncia, como modo de possibilitar nova oportunidade de se defender das increpações ministeriais.

Se decorrido o prazo, não foi apresentada a defesa preliminar pelos pacientes, não havia outro caminho ao judicante senão nomear defensor para a prática do ato e comunicar a decisão ao patrono constituído, como efetivamente fez, na forma autorizada pela legislação (Lei nº 10.409/02).[grifo nosso]

Art. 38. Oferecida a denúncia, o juiz, em 24 (vinte e quatro) horas, ordenará a citação do acusado par responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos ou da primeira publicação do edital de citação, e designará dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro de 30 (trinta) dias seguintes, se o réu estiver solto, ou em 5 (cinco) dias, se preso

...

§ 3º. Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação".

A doutrina especializada na palavra abalizada de Renato Marcão, enfrentando o tema, esclarece:

" (...) O texto é taxativo no sentido de que, não havendo resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para fazê-lo.

Verificada a hipótese tratada na lei, a nomeação é obrigatória.(...)

Comparecendo nos autos, entretanto, o defensor constituído, ainda que fora do prazo para a resposta escrita, prevalecerá a manifestação e o desejo deste, que continuará no processo, ainda que já tenha ocorrido a nomeação de defensor pelo juiz do feito, resultando tal nomeação sem efeito". (in Tóxicos, São Paulo; Saraiva, 2005, p. 633).

Na hipótese vertente tendo-se em conta que a citação dos pacientes se deu em 01 de julho de 2005 (fls. 48v), vindo a certidão de decurso de prazo datada de 14 de julho de 2005 (fls. 49) e o despacho nomeando defensor dos pacientes em 15 de julho de 2005 (fls. 49/50), cientificado ao impetrante em

> 18 de julho de 2005, somente nesta data foram acostadas as procurações (fls. 30/32), e o patrono constituído no pleito de liberdade provisória, apesar de cientificado da nomeação de outro profissional do direito para a resposta preliminar à acusação oficial, manteve-se completamente inerte, não comparecendo aos autos com suas alegações, ainda que fora do prazo legal, como recomendado pelo dispositivo legal.
> **Na linha do argumento, não há qualquer eiva de nulidade na expedição de carta precatória para audição das testemunhas de acusação, realizado noutra jurisdição, se não houve intimação do defensor constituído para a audiência e tendo o ato judicial sido realizado após a data do interrogatório.**
> **Primeiro, porque a jurisprudência firmou-se no sentido de que basta a intimação das partes da expedição de carta precatória, cabendo ao interessado diligenciar no juízo deprecado a data da realização do ato, a fim de que, desejando, possa estar presente**.
> É o que preconiza o enunciado da Súmula 155, do STF: "É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunhas".
> **A ilação se impõe com aguda clareza: se a ausência de intimação da expedição de carta precatória constitui nulidade relativa, exigente de demonstração de prejuízo oposto na primeira oportunidade processual, o que dizer da não intimação do defensor (não da parte) da data de realização da audiência de inquirição das testemunhas.**
> **"Intimada a defesa da expedição da carta precatória, desnecessária nova intimação da data designada para realização da audiência no juízo deprecado. Essa providência não é tida por lei como essencial ao exercício da defesa, por considerar que, primordialmente, cabe ao defensor inteirar-se naquele juízo sobre a data escolhida para a realização da prova". (RT 500/342 e RT 525/352).**
> **Merece frisado ainda, finalizando o tópico argumentativo, que os artigos 563 e 566, do Código de Processo Penal, impõem que não se deve decretar nenhuma nulidade de ato judicial sem demonstração clara de prejuízo imposto à parte (pas de nullité sans grief), e até mesmo evitar sua decretação, quando de qualquer modo o ato atingiu seu objetivo previamente fixado na lei (não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa), apesar de sua eventual irregularidade.**

A questão, portanto, não merece ser conhecida.

Apresentação das alegações finais pelo mesmo advogado de corréu - defesas colidentes: os recorrentes não demonstraram em que consiste a colidência das defesas. Os ocupantes do veículo GOL negaram ter qualquer ligação com os ora recorrentes e vice-versa, portanto, não estão vislumbrados interesses contrários, não havendo qualquer mácula às alegações finais apresentadas por um só causídico.

Portanto, considerando que, conforme exposto, parte das questões arguidas para sustentar pleito de anulação da sentença já foram examinadas em sede de *habeas*

corpus por este Órgão Colegiado, devem as preliminares de nulidade ser parcialmente conhecidas.

No que pertine à alegação de transferência irregular de preso a presídio diverso da comarca em que tramita ao processo, nenhum pleito foi formulado a respeito, e também a matéria não enseja sequer nulidade processual, não merecendo maiores considerações.

NO MÉRITO

O pleito absolutório também não merece guarida.

A materialidade e autoria estão fartamente consubstanciadas na prova colhida nos autos, esta nos depoimentos das testemunhas e aquela no auto de apresentação e apresentação de fls.16/17 e 49, laudos provisório e definitivo (fls.29/ 156) e no próprio auto de prisão em flagrante (fls.8/14).

É de se salientar que a negativa de autoria por parte dos recorrentes Raulino, Edvaldo Gomes, Cesar Ormedo Cesar Ormedo e John Wayne reside no fato de não haver sido apreendida droga no veiculo FIAT em que trafegavam, apresentando versões completamente inverossímeis para tentar ocultar a vinculação à conduta dos corréus Elizeu e Valderley (corréu que não apelou) ocupantes do veículo GOL, em que foram encontrados os estupefacientes – 121 quilos de maconha ocultos em uma caixa de som e posteriormente 4,95kg que estavam escondidos no estofado do bando do referido veiculo – , trazidos da cidade de Caarapó –MS. Aliás, é bastante comum que na operação do transporte da droga, os traficantes a concentrarem em um dos veículos e utilizarem outro para dar o apoio ao transporte, até por causa do valor da "mercadoria", e também muitas vezes para evitar a abordagem do veiculo transportador da droga pela polícia mediante alerta. O veículo FIAT ocupou a função do que comumente se chama de veiculo "batedor". No presente caso, a estratégia utilizada falhou em face da diligência dos agentes policiais.

Mostra impossível elidir a conduta dos recorrentes mencionados, pois restou evidenciado o liame subjetivo entre eles quanto ao transporte da droga entre os ocupantes dos dois veículos.

Vale dizer que no crime de tráfico muitas vezes só se pode chegar ao convencimento da autoria mediante a análise de todos os elementos colhidos, verificando-se detidamente as circunstâncias. Dificilmente a prova se encontra em um só aspecto, como no caso, não se pode dizer que não existe prova unicamente em face da droga ter sido encontrada em outro veiculo.

Aliás, o Magistrado bem soube destacar os fundamentos para condenação, que inclusive merecem destaque:

2.4.3) Edvaldo GOMES, John Wayne Marcelo Ferreira, Raulino Passos Landim e César Ormedo. Esses réus são originários da Cidade de Dourados, no Estado de ato Grosso do Sul, situada a pequena distância de Caarapó, ondem residem os co-réus Elizeu Martins Nunes e Valderlei Rodrigues Ferreira.

Em consulta ao Guia Quatro Rodas Brasil 2001, publicado pela Editora Abril, e ao mapa que o acompanha, observou-se que a distância entre as duas cidades é inferior a 50 quilômetros, de sorte que são bastante próximas. Ainda conforme publicação, e com base no censo realizado em 1996 pelo OBGE, Dourados possuía uma população de 150 mil habitantes, sendo a primeira a Cidade líder na região "segundo município mais populoso do Estado [...] polo regional de comércio e serviços" como informa o Guia, ao descrevê-la na página 184.

Assim fica evidenciado o vinculo entre as duas cidades, uma vez que Caarapó, como costuma ocorrer com as cidades pequenas, tem sua economia, atividades comerciais e opções de lazer vinculadas à cidade polo de sua região.

Por outro lado, com a abordagem realizada no porto da CPRv de Iguatu, e a posterior prisão em flagrante dos acusados, constatou-se que os dois veículos viajaram com o mesmo percurso, tanto que passaram, na manhã do dia da prisão, em uma balsa que cruza o Rio São Francisco, entre Bahia e Pernambuco, no Porto Da cidade de Ibó/BA[vide os recibos acostados na fl.27].

Além disso, cumpre transcrever parte do depoimento da testemunha Francisco Carlos Barbosa Silva, um dos policiais militares que realizaram a abordagem[fls. 322 a 324], que foi ouvido mediante carta precatória expedida a comarca de Maracanaú :

[...] Estava de plantão no posto rodoviário da CPRV em Iguatu, quando por volta das 16h do dia do fato, cuja a data o depoente não se recorda, mas foi este ano, procedeu abordagem de dois veículos, sendo um deles um Gol e o outro um Fiat Uno Mille; que neste vinha quatro pessoas e naquele duas, exatamente os seis acusados; que o depoente procedeu a abordagem juntamente com o Sargento Aluízio, o Cabo Inácio, o Soldado Farias e o cabo Inácio; que inicialmente fizeram a abordagem dos ocupantes do Fiat Uno e ao receberem os documentos de identidades perceram tratar-se de quatro pessoas provenientes deo Estado de Mato Grosos do Sul, diante disso entraram em contato com o CIOPS, por achar estranho este fato; que enquanto dois policiais comunicavam-se com o CIOPS, policiais Farias e Cabo Inácio, o depoente juntamente com o Sargente Aluízio e o sodado Nogueira se dirigiram ao Gol que estrava[sic] logo atrás do Fiat e pediram as identidades dos ocupante, que neste havia dois ocupantes e um era do Mato Grosso do Sul [...] já havia sido feita uma vistoria no Fiat e nada de irregular havia sido encontrado; que ao abrirem o tampão do porta-malas do Gol, o soldado Nogueira pegou a caixa de som do veiculo e tentou levantá-la, achando-a muito pesada desconfiando de que havia algo dentro dela; que o depoente inclusive de nada desconfiou desconfiou e pensou que o peso seria devido à caixa, provavelmente , encontrando-se aparafusado no carro, mas diante disso e vendo que algo poderia ocorrer foi solicitado

apoio do COPOM de Iguatu; que antes do COPOM chegar o policial Nogueira rasgou um dos um dos alto-falantes do veiculo e percebeu que havia maconha dentro da caixa de som, mas não dava para ter idéia ainda da quantidade de droga; que ao chegar o GATE no local, procederam a retirada da caixa do veiculo e constataram cem e vinte um quilos de maconha na caixa de som que estava dentro do Gol; que o Gol tinha placas do Ceará, mas estava com problemas de documentação; que os carros antes de serem parados no Posto Fiscal, vinham a uma distância de aproximadamente 50m, uma vez que é de praxe no posto fiscal ao ordenar a parada de um veículo igualmente para o veículo que venha atrás, desde que haja policiamento para fazer as duas abordagens, coisa que no dia dava para fazer, uma vez que havia cinco homens [...]

A partir dessas informações, prestadas pela mencionada testemunha na presença dos acusados, e confirmada pelos outros policiais que se encontravam no posto da CPRV naquela ocasião, constata-se que a abordagem conjunta dos dois veículos ocorreu em operação de rotina, sendo que o automóvel Gol vinha logo atrás do Fiat Uno, a uma distância em torno de 50 metros, o que destoa da afirmação dos réus de que a abordagem do Gol ocorreu vários minutos depois que o Fiat Uno encontrava-se no posto policias [20ª 30 minutos, segundo JOHN Wayne Marcelo Ferreira; 15 minutos conforme Raulino Passos Landim].

A versão dos policiais inspira maior credibilidade, pois corresponde à forma normal pela qual é feita a fiscalização em veículos nos postos de trabalho da Polícia Rodoviária Estadua, não sendo razoável que o veículo Fiat Uno demorasse tempo igual ou superior a 15 minutos, durante uma fiscalização de rotina e permanecesse ainda retido, durante a averiguação realizada no Gol conduzido pelo réu Elizeu Martins Nunes.

Mais crível e razoável a versão de que os dois automóveis foram abordados em uma mesma ocasião, o que deu causa à desconfiança dos policiais da CPRV fator que ensejou a descoberta da maconha e autuação em flagrante de todos os seis acusados, dada a origem comum no Estado do Mato Grosso do Sul.

Mas inicialmente foi encontrada apenas a parte da droga que estava escondida no porta-malas do Gol. A menor parte, escondida no estofamento de um dos bancos daquele veiculo só foi localizada alguns dias depois, em razão da informação anônima prestada por uma pessoa que havia estado presa juntamente com os réus Edvaldo Gomes John Wayne Marcelo FERREIRA, Raulino Passos Landim e Cesar Ormedo.

É a que se refere a testemunha Abel Pereira Neto, ouvida nas fls. 187/188, que narrou as providências adotadas para a apreensão desse segundo lote de droga, só possível a partir de comentários prestados pelos aludidos réus, ouvidos pelo informante anônimo.

Conforme versão da defesa, os acusados Elizeu e Valderlei teriam contado para os outros quatro réus sobre a existência dessa outra parcela da maconha, o que seria o motivo para eles saberem a respeito.

Mas causa estranheza que esses réus, sabedores de fato que poderiam levar ao conhecimento imediato da autoridade policial, a fim de colaborar com a Polícia e assim demonstrar sua não participação no tráfico, tenham guardado segredo.

Ao contrário findaram por cometer uma inconfidência involuntária, ao

> comentarem entre si a esse respeito, o que foi ouvido por alguém que, estando ali por motivo diverso, não tardou em levar ao conhecimento de um dos policiais – exatamente a testemunha Abel Pereira Neto - , dando causa a localização e apreensão da parte restante da maconha transportada no veículo Gol.
> E por estranha, a conduta dos réus permite a conclusão de que realmente participavam das atividades de traficância, em apoio aos co-réus, que transportavam a droga na longa viagem iniciada nas cidades de Caarapó e Dourados/MS.
> Resulta assim formado um conjunto de elementos que enseja o reconhecimento da prática conjunta do crime de tráfico de drogas, por parte dos acusados.
> Embora tenham sustentado álibi de que teriam viajadop com destino a Fortaleza com o intuito de realizar aplicação de gesso em uma casa pertencente à companheira do réu Raulino Passos Landim, não houve qualquer esforço para apresentarem a mínima evidencia ou prova que confirmasse essa informação.
> [...]
> Não é crível que uma viagem tão longa não tenha sido precedida de preparativos do conhecimento de pessoas das relações dos réus, principalmente diante da necessidade de deixar familiares e atividades profissionais por vários dias, o que não justifica que tenham indicado apenas testemunhas de caráter, que nada sabiam sobre os fatos de que são acusados – vide os depoimentos das testemunhas de defesa dos réus Edvaldo Gomes, John Wayne Marcelo Ferreira, Raulino Passos Landim e César Ormedo nas fls. 382 a 291 e 395.
> (...)
> Com efeito, embora a droga estivesse escondida no veículo GOL, onde estavam apenas os acusados Elizeu Martins e Valderlei Rodrigues Ferreira, há elementos indiciários suficientes para a consideração de que os ocupantes do FIAT UNO estariam implicados no ilícito, ou seja, realizavam o transporte de maconha para a Cidade de Fortaleza, em conjunto com aqueles dois réus.

Conclui-se, assim, que impossível a absolvição dos recorrentes.

Quanto ao pleito de desclassificação para o crime de tráfico tentado formulado por Elizeu Martins Nunes, vê-se que é completamente descabido.

É que o art. 12 da Lei n° 6368/76, descreve múltiplas condutas típicas, bastando a prática de somente uma delas para a consumação do delito:

> Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, **transportar**, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Destaco, a propósito, os seguintes julgados:

> PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - LEI Nº 6.368/76 - INTERNACIONALIDADE - JUSTIÇA FEDERAL - COMPETÊNCIA - TENTATIVA NÃO CONFIGURADA - NÚCLEO DO TIPO PENAL - CONTRADITÓRIO PRÉVIO - AUSÊNCIA - PREJUÍZO INEXISTENTE - POLICIAS E PERITOS - ATUAÇÃO REGULAR - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS - VALIDADE DE PROVA - LEGISLAÇÃO DEFINIDORA DA PROIBIÇÃO DA SUBSTÂNCIA - MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO - COMPROVAÇÃO - ASSOCIAÇÃO PARA O CRIME - ABOLITIO CRIMINIS - REDUÇÃO DA PENA-BASE - MÍNIMO LEGAL -CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS - REGIME INICIAL FECHADO DE CUMPRIMENTO DE PENAS - SUBSTITUIÇÃO - VEDAÇÃO - PENA DE PERDIMENTO MANTIDA - PARCIAL PROVIMENTO DOS RECURSOS INTERPOSTOS PELOS RÉUS - PROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 1.(...) . 2. (...)r. 3. **A alegação de tentativa deve ser afastada, no sentido de que a conduta se perfaz com a prática de um dos elementos nucleares do tipo penal do art. 12 da lei (transportar), conduta que estava voltada ao comércio no exterior, por se tratar de mais de dois quilos de cocaína**. 4. (...) . 5. (...) 6. (...). 8. (...) . 9. (...). 10. (...) . 11. (...) 12. Nulidades rechaçadas. 13. (...). 14. Afasto a condenação em razão de associação para o tráfico prevista no art. 18, inc. III, da Lei nº 6368/76, uma vez operada a abolitio criminis com o advento da Lei 11.343/06 que não a previu, aplicando-se o princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica. 15. (...) . 16. (...)o. 17.(...). 18. (...). 19. (...). 20. Parcial provimento aos recursos dos réus, para, mantendo a condenação, estabelecer a pena de cada acusado, em 04 (quatro) anos de reclusão em regime inicial fechado e 66 (sessenta e seis dias) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, mantida, no mais, a r. sentença. 21.Provimento do recurso do Ministério Público Federal, para fixar a pena-base da ré no mínimo legal, afastado o aumento da pena pela associação.(TRF-3 - ACR: 7864 SP 0007864-07.2004.4.03.6119, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, Data de Julgamento: 28/01/2013, QUINTA TURMA, undefined)

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO MAR ABERTO – CONEXÃO BOMBEIRO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. TENTATIVA INEXISTENTE. ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL. EMENDATIO LIBELLI. PRISÃO EM FLAGRANTE. TESTEMUNHO DE POLICIAIS. HIPÓTESE EM QUE OCORRIDOS OS FATOS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76, ENQUANTO O EXAME DO APELO SE DEU QUANDO JÁ EM VIGOR A LEI Nº 11.343/06. INTEGRAÇÃO DE NORMAS. LEX GRAVIOR. LEX MITIOR. QUANTUM DA PENA. DEPENDÊNCIA QUÍMICA. REDUZIDA CAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO. LEI Nº 11.464/07. – [...] Condenação, ademais, que não se amparou apenas nos depoimentos de policiais, mas em farto conteúdo probante. - Prisão em flagrante. - **Incabível o reconhecimento da forma tentada do crime de tráfico internacional,**

> **porque, sendo de ação múltipla, o delito consuma-se à simples realização de qualquer dos atos elencados no artigo 12 da Lei nº 6.368/76. [...]** (TRF-2 - ACR: 4042 RJ 2002.51.01.515579-7, Relator: Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORREA, Data de Julgamento: 11/06/2008, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::19/08/2008).
>
> CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. INAPLICÁVEL A TESE DE TENTATIVA. CRIME CONSUMADO. - RECURSO MINISTERIAL VISANDO A REFORMA DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE, ENTENDENDO QUE O CRIME DE TRÁFICO PARA O EXTERIOR NÃO SE CONSUMARA, APLICOU A SANÇÃO DO ARTIGO 18, I, DA LEI 6368/76, EM CONCOMITÂNCIA COM A REGRA DO ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. - CONFIGURADOS OS TIPOS PENAIS DE "TRANSPORTAR"E "TRAZER CONSIGO", DESCRITOS NO ART. 12 DA LEI 6368/76, OS QUAIS REVELAM FORMAS DE CRIMES PERMANENTES, PARA OS QUAIS NÃO SE ADMITE, EM REGRA, A TENTATIVA. - RECONHECIDA A DESNECESSIDADE DE COMPLETO EXAURIMENTO DA CONDUTA TÍPICA, PARA CONFIGURAR O DELITO PREVISTO NO ART. 12 DA LEI DE TÓXICOS. - O DETERMINADO QUE FOSSE RISCADO DOS AUTOS O PARÁGRAFO 3º DE FLS. 267. - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TRF-2 - ACR: 9702021219 RJ 97.02.02121-9, Relator: Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO, Data de Julgamento: 15/12/1998, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data::11/05/1999).

Portanto, farto o contexto fático-probatório, impõe-se a manutenção do édito condenatório nos termos em que foi proferido.

Com relação à dosimetria, o pleito também não merece prosperar.

As penas foram devidamente fixadas de acordo com os critérios previstos no art. 68 e 59 do Código Penal.

Senão vejamos:

As reprimendas finais fixadas para os recorrentes foram as seguintes:

> - Quanto ao réu RAULINO PASSOS LANDIM: 08 (oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e pena de multa no valor correspondente a 24 (vinte e quatro) salários mínimos, segundo o valor em vigor na época do fato.
> - Quanto ao réu EDVALDO GOMES: 06 (seis) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e pena de multa no valor correspondente a 08 (oito) salários mínimos, segundo o valor em vigor na época do fato.
> - Quanto ao réu CÉSAR ORMEDO: 06 (seis) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e pena de multa no valor correspondente a 08 (oito) salários mínimos, segundo o valor em vigor na época do fato.

No caso dos réus Edvaldo Gomes, César Ormedo a pena-base foi fixada em quatro anos e seis meses de reclusão, acrescida em face da majorante prevista no art.18, III, da Lei 6368/76, resultando em seis anos, cumulada ao pagamento de 08(oito salários mínimos).

Entendo que o *quantum* fixado para a reprimenda base em quatro anos e seis meses restou bem justificado, tendo sido destacadas as circunstâncias em que o crime ocorreu, bem como a quantidade da droga apreendida – 121 quilos de maconha mais 4,95 Kg – que percorreram um percurso de mais de quatro mil quilômetros, só não chegando a seu destino graças à ação dos policiais.

A propósito, no caso do recorrente Raulino, único contemplado com reprimendas mais severas, tais se encontram também fundamentadas, merecendo destaque:

> "Os depoimentos dos co-réus de Edvaldo Gomes John Wayne Marcelo Ferreira e Cesar Ormedo servem para levar à conclusão de que este réu teria autoridade sobre os demais, pois é empresário, do qual dos deles são empregados, sendo que um desse empregados é também seu sobrinho [Edvaldo Gomes].
> Por isso dentre os quatro, deve-se considerá-lo como portador de conduta com maior grau de reprovabilidade.
> Além disso, fez a viagem em veiculo diverso do que transportava a droga, atividade a qual prestava apoio, inclusive no aspecto financeiro, pois são varias as informações sobre a sua qualidade de financiador da viagem, o que eleva a consideração sobre sua culpabilidade.

Assim, foi fixada a pena-base em seis anos e seis meses de reclusão, patamar que considero justo, pois proporcional à sua conduta. Após, a pena foi elevada para oito anos e oito meses, em face da causa especial de aumento de pena prevista no art.18, III, da Lei n°6368/76, crime praticado mediante associação, devidamente fundamentada.

A sanção pecuniária fixada 24(vinte e quatro) salários mínimos se encontra amparada na condição financeira do recorrente.

Portanto, conclui-se que não há qualquer reparo a ser feito nas penas infligidas aos réus, nos termos requeridos, pois fixadas, como já comentado, dentro dos parâmetros legais.

No entanto, não obstante acerto do Magistrado que aplicou a lei penal vigente à época, tendo sido a decisão proferida em 15 de maio de 2006, vê-se que em 23 de agosto de 2006, foi publicada a lei nº 11.343/2006, nova lei de drogas, que revogou *in totum* a lei nº 6368/76 e não previu como causa de aumento de pena associação temporária para o tráfico. Assim, a superveniência de lei mais benéfica, caracterizada *a abolitio criminis* com relação ao art. 18, III da Lei nº6368/76, impõe-se a exclusão dessa causa de aumento de pena e, consequentemente, do respectivo *quantum.*

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:

> DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUCESSÃO DE LEIS NOTEMPO. ART. 12, C.C. ART. 18, III, DA LEI 6.368/76. INCIDÊNCIA DO § 4.º DO ART. 33. IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS.CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. NÃO PREVISÃO DA NOVALEI DE DROGAS. INVIÁVEL A SUA MANUTENÇÃO.
> 1. Consolidou-se no STF e no STJ o entendimento de que é inviável a conjugação de leis penais benéficas, dado que tal implicaria espécie de criação de terceira norma, com a violação do primado da separação dos poderes. 2. Assim, diante de condenação por fato ocorrido sob a égide da Lei6.368/76, não é possível a incidência da minorante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06 tomando como base a pena da lei anterior, e ainda mais como no presente caso, em que se afirmou a condição de dedicar-se o agente à prática do ilícito e à quantidade considerável da droga. 3. **Sendo a causa de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei6368/76 revogada pela nova lei de drogas, Lei 11.343/76, inviável a sua manutenção em face do princípio da retroatividade da lei mais benéfica. Ordem concedida em parte para extrair a causa de aumento e, por conseguinte, fixar a pena definitiva em 3 anos de reclusão**.
> (STJ - HC: 114762 SP 2008/0194415-6, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 16/06/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2011).

> HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDUTA DELITUOSA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.343/06 E LEI Nº 11.464/07. AFASTADA A CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 18, INC. III, DA LEI Nº 6.368/76. ABOLITIO CRIMINIS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NA LEI N.º 11.343/06. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE CASO O APENADO SATISFAÇA OS REQUISITOS LEGAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CÓDIGO PENAL. IRRETROATIVIDADE DA NORMA GRAVOSA.
> 1. **A causa especial de aumento pela associação eventual de agentes para a prática dos crimes da Lei de Tóxicos, anteriormente prevista no art. 18, inciso III (parte inicial), da Lei n.º 6.368/76, não foi mencionada na Lei n.º 11.343/06, devendo, pois, ser retirada da condenação a majorante respectiva, diante da superveniente abolitio criminis**. 2. (...). 3. (...) 4. (...). 5. (...). 6. Ordem concedida para, reformando o acórdão impugnado, (i) excluir da condenação a majorante do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, decorrente da associação eventual para a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, pelo que fica a pena final, por ora quantificada em 03 (três) anos de reclusão e multa; (ii) fixar o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente e (iii) determinar que o Tribunal a quo prossiga no exame dos requisitos legais

> previstos no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, para, se for o caso, conceder a redução, de acordo com as diretrizes do art. 42 do mesmo diploma legal, e ainda, proceda ao exame dos requisitos necessários para o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. (STJ - HC: 114112 SP 2008/0186528-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 16/06/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/08/2009,).
>
> PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - ARTS. 12, 14 E 18, I, DA LEI Nº 6368/76 - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS - COMPROVAÇÃO - INTERNACIONALIDADE COMPROVADA - ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL PREVISTA NO ART. 14 DA LEI Nº 6368/76 - NÃO COMPROVAÇÃO - SUPOSIÇÃO QUE NÃO GERA CONDENAÇÃO - ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PREVISTA NO ART. 18, III, DA LEI Nº 6368/76 - ABOLITIO CRIMINIS PELA LEI Nº 11.343/06 - AUMENTO DE 1/6 PELA INTERNACIONALIDADE - PREVISÃO DO ART. 40, INC. I, DA LEI Nº 11343/06 - PORCENTAGEM MAIS BENÉFICA - PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO POR DEIVIDE FERREIRA DE SOUZA - PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO POR CARLOS ANTONIO ALVES. 1.Materialidade delitiva comprovada pelo Laudo Preliminar e Laudo Pericial Toxicológico encartados nos autos, atestando como sendo maconha a substância apreendida, conforme Auto de Apreensão. Comprovação de autoria delitiva, consubstanciada em reconhecimentos e depoimentos testemunhais que confirmaram as diligências policiais efetuadas para desvendar os partícipes do crime, associados à confissão do réu no sentido da efetivação do transporte da substância entorpecente. 2.Internacionalidade delitiva comprovada pela procedência da droga do Paraguai, conforme apontado nos depoimentos dos corréus e das testemunhas de acusação. 3.Associação para o tráfico prevista no art. 14, da Lei nº 6368/76 não comprovada, indemonstrada a associação estável e permanente exigida para a configuração do tipo penal, não bastando a mera suposição para gerar condenação. **4.Exclusão da associação eventual para a prática do tráfico prevista no inc. III, do art. 18, da Lei nº 6368/76, por força da aplicação de abolitio criminis operada pelo advento da Lei nº 11.343/06**. 5. Aplicação da causa de aumento pela internacionalidade em 1/6, conforme previsto no art. 40, inc.I, da Lei nº 11.343/06, por mais benéfica, eis que estabelece o mínimo de 1/6, menor que 1/3 previsto na Lei nº 6368/76. 6. Provimento do recurso interposto por Deivide Ferreira de Souza e parcial provimento do recurso interposto por Carlos Antonio Alves.
> (TRF-3 - ACR: 550 MS 2006.60.05.000550-0, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, Data de Julgamento: 04/04/2011, QUINTA TURMA,)

Por fim, merecem as penas ser redimensionadas, com a concessão de *habeas corpus ex officio*, em face do decote da majoração relativa à causa especial de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei nº 6368/76, mantidos os parâmetros

utilizados na fixação da pena-base, nos termos do art. 59 do CPB, restando elas assim fixadas com relação à condenação no art. 12, da Lei nº6368/76:

> RAULINO PASSOS LANDIM: 06(seis) anos e 06(seis) meses de reclusão;
> EDVALDO GOMES, CÉSAR ORMEDO, JOHN WAYNE MARCELO FERREIRA: 04(quatro) anos e 06(seis) meses de reclusão.
> ELIZEU MARTINS NUNES: cinco anos de reclusão.

Com relação ao regime de cumprimento de pena, imposto em integralmente fechado e de se observar que o Excelentíssimo senhor relator que antecedeu concedeu *habeas corpus ex officio* em face do advento da lei nº 11.464/2007, que modificou o art. 2º da lei 8072/90, determinando o direito à progressão do regime nos termos do art.112 da Lei de Execução Penal (fls.706/711), decisão que mantenho.

Observa-se, que há um sexto réu na presente ação penal, Valderlei Rodrigues Ferreira, condenado nos termos do art. 12, c/c 18, III, ambos da Lei nº 6368/76, que deixou o fluir o prazo recursal, tendo a decisão condenatória transitado em julgado em relação a ele.

O Magistrado ao fixar a pena assim considerou:

> **Valderlei Rodrigues Ferrreira.** Valem as mesmas considerações desenvolvidas para o co-réu Elizeu Martins, uma vez que viajava no mesmo veículo; suas certidões de antecedentes encontram-se nas fls. 220,225 e 263, sem que se possa concluir pela ocorrência de antecedentes criminais.
> O mesmo deve ser dito no tocante à personalidade e conduta social, a respeito da qual não foram colhidas informações desabonadoras.
> Assim, entendo necessário para a reprovação e prevenção do crime a fixação da pena base em relação a Valderlei Rodrigues Ferreira também em cinco anos de reclusão, idêntica a estipulação anterior em razão da similitude das situações.
> **3.1.2) Segunda fase**- exame das circunstâncias atenuantes e agravantes. Nenhuma circunstância atenuante ou agravante foi apurada durante a tramitação do processo.
> **3.1.3.) Terceira fase**- causas de diminuição e de aumento.
> No tocante às causas de aumento, porém resta evidenciada aquela prevista no art. 18, inciso III da Lei nº 6368/76, consoante extensamente referido no item 2.5, supra.
> Desta feita, resulta necessário acrescer as penas até aqui apuradas entre um terço e dois terços, em obediência ao referido dispositivo legal, optando-se pelo menor índice de acréscimo, ou seja, um terço.
> Valderlei Rodrigues Martins: seis anos e oito meses de reclusão.
>
> Outrossim, dispõe o art. 580 do Código de Processo Penal:
>
> Art. 580 - No caso de concurso de agentes (a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

No caso, a configuração da *abolitio criminis* com relação ao art. 18, III da Lei nº 6368/76, revogado pela Lei nº 11.343/2006, não é circunstância de caráter pessoal, devendo ser aplicada a extensão do benefício, nos termos do art. 580 do CPP, ao aludido réu, com a redução da pena após a exclusão do *quantum* de aumento levado a efeito com base nesse dispositivo.

Nesse sentido, destaco a seguinte decisão:

> PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ARTIGOS 12 E 18, INCS. I E III, DA LEI 6.368/76. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO - ABOLITIO CRIMINIS. LEI N. 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. EXTENSÃO DO APELO - ART. 580 DO CPP. 1. É intempestivo o recurso, a teor do art. 593 do Código de Processo Penal, se interposto após 5 (cinco) dias da intimação do defensor constituído pelo réu. 2**. A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que revogou, expressamente, a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, ao não prever a causa de aumento decorrente da associação eventual, promoveu sua abolitio criminis, motivo pelo qual a lei nova deve retroagir, a fim de beneficiar o acusado, com a não-aplicação da majorante. Precedente do HC 56.909/MS">STJ: HC 56.909/MS, DJ 4/09/2006, p. 312.** 3. Segundo decisão do STF:"I - A regra do art. 44 do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, observados os seus pressupostos de incidência. II - A regra do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, pode ser superada quando inexistir impedimento à substituição. III - Ordem concedida" (HC 88879/RJ, DJ 02/03/2007, STF - Primeira Turma, relator o Ministro Ricardo Lewandowski). 4. **À mingua de recurso de uma das acusadas, estendem-se a ela os efeitos benéficos da apelação, que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, consoante dispõe o art. 580 do Código de Processo Penal**. (TRF-1 - ACR: 1262 MT 2005.36.01.001262-2, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 04/12/2007, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 12/12/2007 DJ p.28, , Data de Publicação: DJ 20.03.2006 p. 315,)

Feitas essas considerações, mantidos os parâmetros utilizados pelo magistrado nos termo do art. 59 do CPB, resta a pena privativa de liberdade redimensionada para cinco anos de reclusão em relação a Valderlei Rodrigues Ferreira, mantido o regime fechado, porém com direito a progressão de regime nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal, conforme decidido anteriormente pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador que me antecedeu.

ISSO POSTO, em parcial consonância com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço *in totum* dos recursos ofertados por Elizeu Martins Nunes, John Wayne Marcelo Ferreira e parcialmente com relação aos réus Raulino Passos Landim, Edvaldo Gomes e Cesar Ormedo, e a todos, nego provimento. Concedo *habeas*

corpus ex officio, para redimensionar as penas privativas de liberdade, com relação à condenação pelo art. 12 da Lei nº 6368/76, para quatro anos e seis meses de reclusão em relação aos recorrentes Edvaldo Gomes, César Ormedo e John Wayne Marcelo Ferreira; cinco anos de reclusão com relação a Elizeu Martins Nunes e seis anos e seis meses de reclusão com relação ao réu Raulino Passos Landim. Estendo os efeitos do *habeas corpus ex officio* nos termos do art. 580 do CPP, ao corréu Valderlei Rodrigues Ferreira, reduzindo a pena privativa de liberdade para cinco anos de reclusão, mantido o regime fechado, garantido o direito à progressão de regime, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal.

É como voto.

Fortaleza, 29 de outubro 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 nº8.072/90, 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$5,00 e R$ 10,00cada uma. Noutro giro, a Ré confessou, perante os policiais militares e perante a autoridade civil, Sr 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.
> 2.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 37dessa 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 modicação e*x 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.

HABEAS CORPUS

PROCESSO: 0004855-29.2013.8.06.0000 - HABEAS CORPUS
IMPETRANTES: JUVENAL LAMARTINE AZEVEDO LIMA E ANA TERESA CAVALCANTE LIMA NOBRE
PACIENTE: PATRICK FRANCIS ECLANCHER
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE DELITOS SOBRE TRÁFICO E USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. TESE DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NEGATIVA DE AUTORIA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA INCOMPATÍVEL COM A VIA DO *WRIT*, POR DEMANDAR EXAME APROFUNDADO DE PROVA. 2. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA EM FACE DA NÃO INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DO PACIENTE. IMPROCEDÊNCIA. OBEDIÊNCIA AOS REQUSITOS PREVISTOS NO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Ordem parcialmente conhecida e, na sua extensão, denagada.

1. No que diz respeito à tese de negativa de autoria, não se faz possível o seu conhecimento, por se tratar de matéria que demanda exame aprofundado da prova, não sendo o *habeas corpus* instrumento hábil para sua aferição, salvo se houvesse, nos autos, prova pré-constituída e irrefutável de inocência, o que não é o caso. Precedentes.

2. Descabida a alegação de que a denúncia estaria inepta, porquanto preenchidos todos os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, inclusive quanto à individualização da conduta do paciente, a quem se atribuiu as condutas delitivas tipificadas nos artigos 33, sob a modalidade de "ter em depósito", e no art. 35, ambos da Lei nº 11.343/2006.

3. Ordem parcialmente conhecida e, na sua extensão, denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, *relatados e discutidos* estes autos de *Habeas Corpus* nº 0004855-29.2013.8.06.0000, formulados por Juvenal Lamartine Azevedo Lima, Ana Teresa Cavalcante Lima Nobre e Haroldo Arruda Dias, em favor de Patrick Francis Eclancher, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 2ª Vara de Delitos sobre Tráfico e Uso de Substâncias Entorpecentes da Comarca de Fortaleza.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer parcialmente da presente ordem de *habeas corpus*, para negar-lhe provimento na extensão conhecida, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de habeas corpus, impetrada por Juvenal Lamartine Azevedo Lima, Ana Teresa Cavalcante Lima Nobre e Haroldo Arruda Dias, em favor de Patrick Francis Eclancher, contra ato da Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 2ª Vara de Delitos sobre Tráfico e Uso de Substâncias Entorpecentes da Comarca de Fortaleza.

Argumentam os impetrantes, na petição inicial às fls. 01/17, que o paciente está respondendo a ação penal pelos crimes tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, não obstante ausente justa causa para a *persecutio criminis*, uma vez que o paciente não teve qualquer participação na prática do delito.

Nessa perspectiva, assevera que o paciente sequer se encontrava no Brasil à época da apreensão das substâncias entorpecentes em sua residência.

Destacam também que sequer estaria individualizada, na denúncia, a conduta do paciente, o que só reforçaria o ilegal constrangimento.

Concluem postulando a concessão da ordem, com o imediato trancamento da ação penal originária, diante da ausência de justa causa para o seu prosseguimento.

Documentos diversos anexos às fls. 18/151.

Autos distribuídos por prevenção ao Habeas Corpus nº 0027210-33.2013.8.06.0000, consoante Termo de Distribuição de fls. 154/157.

Judiciosas informações colacionadas às fls. 164/165.

Parecer da lavra da Procuradoria de Justiça às fls. 168/173, com manifestação pelo conhecimento e denegação da presente ordem de habeas corpus.

É o sucinto relatório.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

VOTO

Na presente ação constitucional de *habeas corpus*, conforme exposto no relatório, busca-se o trancamento da ação penal, mediante as alegações de ausência de justa causa para o seu prosseguimento, já que não haveria indícios de participação do paciente na empreitada delitiva e de inépcia da denúncia, porque nela não estaria individualizada a conduta do agente.

Compulsando minuciosamente os fólios, observo que, estando bem evidenciada, na inicial delatória, a existência de justa causa para a ação penal, não se afigura cabível o seu trancamento, sendo vedado proceder à análise da tese de negativa de autoria na estreita via mandamental, por se tratar de matéria que demanda um exame aprofundado da prova, não sendo o *habeas corpus* instrumento hábil para sua aferição.

De fato, foram devidamente evidenciados os indícios de autoria e a prova da materialidade delitiva na inicial delatória, inclusive com a individualização da conduta do paciente, conforme se infere do seguinte excerto (fls. 18/21):

> "Noticiam os fólios policiais anexos que, no dia 02 de julho do corrente ano de 2012, policiais militares do serviço reservado do 8º BPM tomaram conhecimento que o suposto traficante 'Clebinho', bastante conhecido no meio policial, teria passado pelo bairro Papicú na garupa de uma motocicleta e que o mesmo estaria conduzindo uma mochila por baixo da camisa, o que ensejou a desconfiança de que o mesmo estivesse despachando drogas. Sabedores de que o primeiro denunciado [Pedro Ferreira Nepomuceno] residia na favela Saporé, os policias para lá se dirigiram e permaneceram em campana até a chegada dele.
> O segundo denunciado [Clébio Lima Mendes] chegou cerca de dez minutos depois, sendo, de pronto, reconhecido pela polícia, uma vez que estava sem capacete. Foi realizada a abordagem dos ocupantes da motocicleta, sendo indagado aos mesmos acerca da mochila que deveriam trazer consigo. Nada de ilícito foi encontrado na posse do primeiro e segundo denunciados naquela oportunidade, havendo os mesmos negado que estivessem conduzindo qualquer bolsa ou mochila. Entretanto, na posse de PEDRO FERREIRA NEPOMUCENO foi apreendido um molho de chaves, presas por um chaveiro que continha o nome PATRICK, havendo PEDRO dito que as chaves eram de uma residência na qual trabalhava, exercendo a função de caseiro, acrescentando que havia levado 'Clebinho' até aquela residência para fazer uma faxina.
> Realizada a busca na residência de PATRICK FRANCIS ECLANCHER, os policiais lograram êxito em encontrar, na feição de *manter em depósito, sem autorização legal ou regulamentar*, um saco contendo COCAÍNA, dentro

> de uma tigela que estava em cima de m armário, além de outros sacos contendo COCAÍNA, MACONHA, CRACK, uma balança de precisão e de vasto material para embalagem de droga, sendo que a apreensão das drogas totalizou 230g (duzentos e trinta gramas) de MACONHA, 2.849kg (dois quilos e oitocentos e quarenta e nove gramas) de COCAÍNA e 06g (seis gramas) de CRACK, tudo conforme se depreende do auto de apresentação e apreensão de fls. 23 do IP.
> Vale destacar que parte do material apreendido na casa estava enterrado no jardim e que no local foi constatada a presença de LUCIANA RODRIGUES, ouvida às fls. 25 do IP, que trabalha como doméstica e estava fazendo uma faxina naquela residência à pedido, segundo ela própria declarou, do denunciado CLÉBIO.
> PATRICK FRANCIS ECLANCHER ingressou, por meio de advogado, porém sem procuração nos autos, com 'justificação' na qual relata que estaria supostamente fora deste país quando a droga foi apreendida em sua residência, aduzindo não ter qualquer responsabilidade sobre o material narcótico encontrado, no inuito de afastar de si qualquer imputação pelo tráfico de drogas desbaratado.
> Primeiramente, diane da existência de várias notícias que davam conta da participaçao de PATRICK com o narcotráfico e com prostituição infantil, já respondendo ele a ações penais que tramitam nas 8ª e 12ª Varas Criminais desta Comarca. Ressalte-se que há nos autos, inclusive, termo de declarações prestadas pelo também francês MOHAMMED BENAISSA, nas quais ele informa que o denunciando PATRICK lhe ofereceu um coquetel de drogas (cocaína, LSD e êxtasy) na mesma casa que foi palco do flagrante.
> Ademais disso, não há como ignorar que o material narcótico foi apreendido no interior da casa de propriedade do terceiro denunciando e que há registro nos autos de que, no dia do flagrante, foi verificado que no celular do indiciado PEDRO '*havia diversas ligações internacionais de um francês chamado PATRICK*' (depoimento de fls. 211/212), situação que indica o envolvimento do mesmo com o crime em questão.” (grifos nossos).

Ressalte-se que, embora alegue o impetrante que o paciente não responde a nenhum processo por tráfico de drogas, mas "apenas" por porte ilegal de arma e crime relacionados à exploração infantil, bem assim que, à época da apreensão, aquele não se encontrava no país, tais assertivas não constituem, em princípio, prova incontestável de inocência, mormente quanto a esta última, haja vista que o crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, notadamente sob a modalidade imputada ao paciente ("ter em depósito"), não exige, para a sua configuração, a presença do agente no sítio dos acontecimentos.

Nesse sentido, a lição de Damásio Evangelista de Jesus (*in* **Lei antidrogas anotada**, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119):

> [Ter em depósito] Tem o significado de reter, conservar ou manter o objeto material à sua disposição. Não se exige que o sujeito seja encontrado com tóxico (STF, RHC 65.311, RT, 624:411). É conduta permanente

> (STJ, RHC 9.033, 6ª Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU, 11 set. 2000, p. 289).

Na mesma perspectiva, Renato Marcão (*in* Tóxicos: lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147) destaca:

> "A manutenção de droga em depósito, para comercialização, configura crime de tráfico. Nesse sentido: TJMS, Ap. 2006.018634-6/0000-00, 1ª T. Rel. Designado Des. João Batista da Costa Marques, j. 27-2-2007, m.V., RT 862/621.
> 'Nos crimes permanentes, conforme dispõe o art. 303 do CPP, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Assim, pode ser preso em flagrante o agente que mantém em depósito substância entorpecente que seria destinada ao tráfico, embora possa ele não se encontrar, ao ser preso, junto aos tóxicos' (STF, RHC 65.311 – 1 – MT, 2ª T., j. 4-9-1987, rel. Min. Aldir Passarinho, DJU de 2-10-1987, rt 624/411).
> 'O crime de tráfico não se consuma apenas com o fato de o agente trazer consigo o entorpecente, pois o tipo penal traz diversas figuras típicas, dentre as quais o depósito da droga, o que fica caracterizado na hipótese de o réu ter enterrado na sua residência a substância em local cercado por grades e, portanto, de difícil acesso a estranhos, não restando demonstrada a alegação de que a droga não era sua, ou que não tinha conhecimento da mesma'
> (TJRS, Ap. 699.232.609, 3ª Câm., j. 30-9-1999, rel. Des. Saulo Brum Leal, RT 777/688)."

Importa, outrossim, salientar que, como bem destacou a Procuradoria Geral de Justiça, a decisão da autoridade policial, ao deixar de indiciar o paciente, não vincula o órgão ministerial, titular da ação penal, muito menos o órgão judicial, haja vista que o inquérito policial, procedimento de natureza administrativa, é destinado apenas a fornecer os elementos de prova indispensáveis à deflagração da ação penal, na precisa ilação de Guilherme de Souza Nucci (*in* Código de processo penal comentado. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 74):

> "[Conceito de inquérito policial:] Trata-se de um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípuo é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime, bem como a composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação ação privada."

Desta forma, tendo sido obedecidos todos os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, não há ilegalidade a ser reconhecida na decisão pela qual

se recebeu a inicial delatória, sendo descabido adentrar no exame de mérito da tese de negativa de autoria, uma vez que a avaliação mais acurada da prova e dos fatos na via do *writ* significaria o prejulgamento de pedido contido numa ação de conhecimento, o que é vedado, já que invadiria, indevidamente, o poder jurisdicional de outro órgão judicante. Dessa maneira, a matéria envolvendo o *meritum causae* deve ser apreciada pelo Magistrado em fase própria, e não pelo tribunal em sede deste *writ*[1].

Convém ressaltar que a jurisprudência é pacífica a esse respeito, conforme demonstram os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS*. SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO, EXTORSÃO, FURTO, TRÁFICO DE ENTORPECENTES E FALSIDADE IDEOLÓGICA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PROVA INDICIÁRIA APTA A JUSTIFICAR AS IMPUTAÇÕES. IMPROCEDÊNCIA. PLEITO QUE DEMANDA O REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA.
> 1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990. Precedentes.
> 2. Apesar de se ter solidificado o entendimento no sentido da impossibilidade de utilização do habeas corpus como sucedâneo do recurso cabível, esta Corte Superior de Justiça analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta à liberdade de locomoção, não tendo sido aplicado o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial.
> **3. Esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é cabível apenas quando demonstrada a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade, ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria, o que não ocorre no caso dos autos.**
> **4. Da atenta análise dos autos, observa-se ter o membro do Parquet estadual individualizado exaustivamente as condutas praticadas, em tese, pelo paciente. Tal narrativa não seria possível sem que houvesse material indiciário sobre os fatos imputados, não se podendo cogitar, portanto, estar a inicial acusatória consubstanciada apenas em meras ilações.**
> **5. Se o paciente possuía, ou não, conhecimento a respeito da empreitada criminosa praticada, em tese, pelos agentes a ele subordinados é questão que deverá ser esclarecida durante a instrução criminal, uma vez que não se encontra patente a inexistência total de indícios de autoria, circunstância imprescindível ao trancamento da ação penal por ausência de justa causa.**

1 MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus.** 8. ed. Barueri/SP: Manole, 2008, p. 231.

> 6. *Habeas corpus* não conhecido.
> (STJ, HC 166.360/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 01/10/2013)
>
> CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO. ALEGAÇÃO DE ERRO QUANTO À PESSOA. NEGATIVA DE AUTORIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MEMBRO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PERICULOSIDADE DEMONSTRADA. RECURSO DESPROVIDO.
> **I. Alegações acerca da negativa de autoria do delito não encontram espaço na estreita via do habeas corpus, uma vez que demandam profunda imersão no conjunto fático probatório.**
> **II. O trancamento de ação penal por meio de habeas corpus é medida de índole excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se denote, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade, o que não restou evidenciado nos autos.**
> **III. A análise detida da tese de ausência de prova da autoria do crime demandaria aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento e inviável em sede de habeas corpus, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, marcado por cognição sumária e rito célere (Precedentes).**
> **IV. Culpabilidade do paciente que deverá ser devidamente aferida durante a instrução da ação penal, momento em que caberá à defesa insurgir-se, com os meios de prova que considerar pertinentes, contra o fato descrito na peça acusatória.**
> V. Paciente que restou denunciado, juntamente com 21 (vinte e um) corréus, por integrarem suposta organização criminosa responsável tráfico de drogas, em larga escala, e que estende suas ramificações por diversas cidades.
> VI. Evidenciada as divisões de tarefas e delimitação das funções, denota-se a alta estruturação da organização, de modo que a segregação de seus membros encontra-se fundamentada pela necessidade de encerrar suas atividades, de modo a garantir a manutenção da ordem pública.
> VII. Recurso desprovido.
> (STJ, RHC 31.058/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 09/04/2012)

No que concerne à questão atinente ao *animus* associativo para a configuração do delito tipificado no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, da mesma forma, verifica-se que é impossível a sua análise na via do *writ*, porquanto necessário exame aprofundado de prova, a ser promovido pela autoridade impetrada quando da prolação da sentença de mérito, consoante preleciona Heráclito Antônio Mossin (*in* Habeas Corpus:

antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada. 8ª ed. São Paulo: Manole, 2008, p. 109):

> "Tendo em vista a natureza do procedimento em sede de *habeas corpus*, elevado à categoria de sumaríssimo, aliado a seus requisitos basilares consistentes no direito líquido (translúcido) e certo (inquestionável), não se admitem em seu campo dilação probatória ou cotejo analítico dos elementos de prova. Somente é permitido em procedimento no qual se apura responsabilidade criminal do réu. Logo, no *mandamus* a prova tem de ser pré-constituída.
> No quadrante enfocado, a jurisprudência tem sido uniforme e iterativa no sentido de, em sede de *habeas corpus*, não poder haver exame aprofundado da prova. Situação concreta possível de acontecer é se pretender trancar a ação penal sob o argumento de o paciente, ou impetrante, não ter agido com dolo ou culpa, enfim discutir o elemento subjetivo do crime ou do injusto.
> Sem dúvida, não é o *habeas corpus* instrumento hábil para se aferir o elemento subjetivo da infração, porquanto a verificação dessa matéria que integra o tipo penal implica exame acurado da prova, de questão fática, somente possível de ser verificado pelo magistrado quando da sentença ao sopesar o *meritum causae*."

ISSO POSTO, considerando que é impossível a análise da tese de negativa de autoria, porquanto descabida a incursão em elementos de prova na via estreita do *writ*, e tendo em vista que restaram obedecidos os requisitos previstos no art. 41, do CPP, CONHEÇO PARCIALMENTE da presente ordem de *habeas corpus*, para NEGAR-LHE PROVIMENTO na extensão conhecida, agindo assim em parcial consonância com o parecer ministerial.

É como voto.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

PROCESSO Nº: 0030828-83.2013.8.06.0000/0
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE: ÍTALO SOARES DOS SANTOS
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DE DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

***HABEAS CORPUS*. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA, ATRAVÉS DO NUAPP, POSTULAR JUNTO AO JUÍZO IMPETRADO. ORDEM CONCEDIDA.**

1 – No caso dos autos, firmou a autoridade impetrada o entendimento de que: (...) se a Defensoria Pública não pode atuar no feito principal (ação penal) em razão da não nomeação de um de seus membros para responder por este expediente, como consequência lógica também não pode atuar em um pedido incidental (pedido de relaxamento, liberdade provisória ou revogação de prisão), até porque na ação penal o réu já é ou será defendido por advogado particular ou defensor nomeado por este magistrado como defensor dativo. (...) .

2 – A legitimação extraordinária da Defensoria Pública, disposta na norma constitucional que a prevê como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, há de ser considerada em todos os graus de jurisdição, conforme estabelece o art. 134, *caput*, da Carta da República.

3 - Dada a relevância social do bem jurídico a que se pretende tutelar – a liberdade, e do arcabouço do sistema jurídico brasileiro, em que se busca assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais, pode e deve o magistrado apreciar a súplica ajuizada pela Defensoria Pública.

4 – Ordem concedida, para, entendendo possuir a Defensoria Pública, através do NUAPP – Núcleo de Assistência ao Preso Provisório e às Vítimas da Violência, legitimidade para atuar

junto ao juízo da 3ª Vara de Delitos de Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza, determinar à autoridade impetrada a imediata apreciação do pedido de liberdade provisória nº 00557351-32.2013.8.06.0001.

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 maioria de votos, em **CONCEDER** a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 4 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública, em favor de Ítalo Soares dos Santos, preso em flagrante delito em 28 de maio de 2013, pela suposta prática do crime de tráfico de entorpecentes.

Sustenta-se a impetração que o paciente sofre constrangimento ilegal consubstanciado no fato de que o juízo impetrado não ter reconhecido o NUAPP – Núcleo de Assistência ao Preso Provisório e às Vítimas da Violência, como parte legítima para postular junto à 3ª Vara de Delitos de Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza, e, assim, deixou de apreciar pedido formulado em seu favor.

Pretende, com o presente **mandamus**, seja apreciado o pedido de liberdade provisória nº 0057351-32.2013.8.06.0001, pela autoridade tida como coatora.

Prestados os informes, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, pela concessão da ordem.

É o breve relato.

VOTO

O cerne do presente habeas corpus cinge-se em saber se a Defensoria Pública, através do Núcleo de Assistência ao Preso Provisório, possui legitimidade

O juízo de 1º grau ao decidir sobre a postulação ajuizada pela Defensoria Pública, através de seu Núcleo de Assistência ao Preso Provisório, assim fundamentou:

> "(...) se a Defensoria Pública não pode atuar no feito principal (ação penal) em razão da não nomeação de um de seus membros para responder por este expediente, como consequência lógica também não pode atuar em

> um pedido incidental (pedido de relaxamento, liberdade provisória ou revogação de prisão), até porque na ação penal o réu já é ou será defendido por advogado particular ou defensor nomeado por este magistrado como defensor dativo. (...)"

Penso que a ordem comporta concessão.

A legitimação extraordinária da Defensoria Pública, disposta na norma constitucional que a prevê como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, há de ser considerada em todos os graus de jurisdição, conforme estabelece o art. 134, *caput*, da Carta da República:

> "Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV"

Nos termos do artigo 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 80/94, é função institucional da Defensoria Pública, dentre outras:

> "exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses"

Abstrai-se dos dispositivos legais e constitucionais, assim, que a citada instituição detém legitimidade para, em nome próprio, defender interesses daqueles que comprovarem a hipossuficiência de recursos, garantindo-lhes o acesso à Justiça, como no caso em análise. Possui o Defensor Público, inclusive, o poder-dever de esgotar os recursos e meios a sua disposição, a fim de garantir assistência jurídica plena ao assistido.

Com efeito, com o advento da Constituição Federal de 1998, passou-se a exigir do Estado postura comprometida com os direitos e garantias fundamentais, de modo que de maneira mais plena se possa por em prática também o princípio da igualdade, cujo postulado básico se alcança quando se consegue tratar os desiguais na medida de suas desigualdades.

Nesse contexto, sem mais delongas, não pode o indicado/acusado, em razão da ineficiência do próprio Estado, ficar à margem do direito constitucional que lhe é garantido de acesso à Justiça, de modo que a lacuna existente na recém-criada 3ª Vara de Delitos de Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza, no que se refere à indicação de um Defensor Público para atuar naquele juízo, possa vir em prejuízo ao réu-preso, que tem a si garantido o direito à assistência judiciária.

De outro lado, como bem destacado na inicial, detém a Defensoria Pública de autonomia, conferida pela própria constituição, em seu art. 134, § 2º, devendo atuar sempre como instrumento de efetivação dos direitos humanos.

É imperioso ressaltar que dada a relevância social do bem jurídico a que se pretende tutelar – a liberdade, e do arcabouço do sistema jurídico brasileiro, em que se busca assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais, pode e deve o magistrado apreciar a súplica ajuizada pela Defensoria Pública.

Ante tais considerações, concedo a ordem para, entendendo possuir a Defensoria Pública, através do NUAPP – Núcleo de Assistência ao Preso Provisório e às Vítimas da Violência, legitimidade para atuar no caso em debate, determinar ao juízo da 3ª Vara de Delitos de Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza a imediata apreciação do pedido de liberdade provisória nº 00557351-32.2013.8.06.0001.

Fortaleza**,** 4 de novembro de 2013

PROCESSO: 0031964-18.2013.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE: JULIANA DA COSTA BARBOSA
IMPETRANTE: JUIZ DE DIREITO DA 11ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIMES DE ROUBO MAJORADO PELO USO DE ARMAS E CONCURSO DE PESSOAS, FALSA IDENTIDADE, CORRUPÇÃO DE MENORES E DISPARO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO ENCERRADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 52 DO STJ. FASE DE MEMORIAIS. ORDEM DENEGADA COM RECOMENDAÇÃO.

01 – Encerrada a instrução criminal, estando o feito apto a ser julgado, resta superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa. Súmula 52/STJ.

02 – Ordem denegada, com recomendação de que o Juízo processante envide os esforços necessários para celeridade no julgamento da ação.

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 nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 20 de janeiro de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensora Pública Gina Kerly Pontes Moura, em favor da paciente JULIANA DA COSTA BARBOSA, presa em flagrante delito em 22/08/2012, e posteriormente denunciada pela prática do crime previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 70, art. 307, todos do CPB, por infração ao art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, e,

ainda, pelo crime tipificado no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, figurando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 11ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza.

Em síntese, o *writ* interposto objetiva fazer cessar suposto constrangimento ilegal imposto à paciente, ao argumento de excesso de prazo da prisão, considerando que se encontra a ré presa desde 22 de agosto de 2012, à disposição da Justiça, sem que o feito tenha sido julgado, postulando, por essa razão a expedição de alvará de soltura.

Liminar indeferida às fls. 91.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 95/96.

Em sua manifestação, a douta PGJ opinou pela concessão da ordem (fls. 99/104), com a recomendação de que sejam impostas medidas cautelares dispostas na Lei nº 12.403/11.

É o relatório.

VOTO

No presente *writ*, conforme relatado, pretende a impetração ver reconhecido o direito de a paciente aguardar em liberdade o julgamento da ação penal movida em seu desfavor, alegando, para tanto, excesso de prazo da prisão.

Tenho que a ordem não comporta concessão.

Noticiam os informes prestados pelo Juízo impetrado que a paciente foi presa em flagrante delito no dia 22/08/2012, e posteriormente denunciada pela prática dos crimes previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 70, art. 307, todos do CPB, por infração ao art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, ainda, por infração ao art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03. Segundo as informações, foi realizada instrução criminal em 23/01/2013, onde foram ouvidas todas as testemunhas residentes na comarca e interrogada a ré, restando pedente para o encerramento da fase probatória o cumprimento de carta precatória expedida à Comarca de Maracanaú, o que efetivamente já foi cumprido.

Em 25/11/2013, foram ofertados memoriais pelo Ministério Público, encontrando-se os autos aptos ao oferecimento da citada peça processual pela Defesa técnica da paciente, cuja advogada renunciou o patrocínio da causa, o que motivou a nomeação da Defensoria Pública.

Em consulta complementar ao sistema processual desta Corte de Justiça, abstrai-se que os memorias da Defesa da ré já foram devidamente oferecidos e juntados aos autos em 11/12/2013, de modo que o feito encontra-se apto para julgamento.

Nesse contexto, estando a instrução criminal concluída, mesmo considerando uma certa delonga, resta superada a alegação de constrangimento ilegal

por excesso de prazo, fazendo incidir, na espécie, o comando do enunciado n.º 52 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *litteris*:

> "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo."

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIMES DE QUADRILHA ARMADA, FALSIDADE IDEOLÓGICA E ROUBO CIRCUNSTANCIADO, EM CONCURSO MATERIAL. EXCESSO DE PRAZO. FEITO NA FASE DAS ALEGAÇÕES FINAIS. SÚMULA 52 DESTA CORTE. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DOS AGENTES DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUE RECOMENDA A MEDIDA CONSTRITIVA.
> 1. Encontrando-se o feito na fase de apresentação das alegações finais, incide à espécie o comando do enunciado n.º 52 da Súmula deste Tribunal Superior.
> 2. (...).
> 3. (...).
> 4. (...).
> 5. Ordem denegada, com a determinação que o feito seja sentenciado no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias.
> (HC 117.572/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 15/03/2010)

Ante o exposto, denego a ordem, com recomendação de que o Juízo processante envide os esforços necessários para celeridade no julgamento da ação.

É como voto.

Fortaleza, 20 de janeiro de 2014.

PROCESSO: 0032374-76.2013.8.06.0000 – *HABEAS CORPUS*
IMPETRANTE: IVAN CARNEIRO VIEIRA
PACIENTE: FRANCISCO BENTO FERNANDES
PACIENTE: CARLOS ALBERTO FERREIRA VIANA FILHO
IMPETRANTE: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE DELITOS TRÁFICO
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INSTRUÇÃO ENCERRADA. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO. SÚMULA 52 DO STJ. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO. IMPETRAÇÃO DEFICIENTEMENTE INSTRUÍDA. INVIABILIDADE DE APRECIAÇÃO DO TEMA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA NA EXTENSÃO.

01 – Encontrando-se encerrada a instrução criminal, de acordo com o teor da Súmula 52 do STJ, não há que se falar em excesso de prazo para a formação da culpa.

02 – O *habeas corpus* é ação de procedimento especial que não comporta dilação probatória, demandando prova constituída, devendo, por essa razão, vir acompanhado dos elementos capazes de demonstrar o constrangimento ilegal.

03 – No caso dos autos, impossível a apreciação da tese esposada pela Defesa, já que descuidou-se o impetrante ao não trazer aos autos documentos aptos a comprovar o alegado constrangimento, o que possibilitaria a este Colegiado a análise dos fundamentos utilizados pelo magistrado de 1º grau ao decretar a prisão preventiva do paciente.

04 – *Habeas corpus* parcialmente conhecido, e denegado na extensão, com recomendação de celeridade no julgamento da ação penal.

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 unanimidade de votos, em conhecer parcialmente da ordem, e, nessa extensão, denegá-la, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado por Ivan Carneiro Vieira, em favor dos pacientes FRANCISCO BENTO FERNANDES e CARLOS ALBERTO FERREIRA VIANA FILHO, presos em flagrante delito em 5 de fevereiro de 2013, acusados da prática, em tese, do delito tipificado no art. 33, da Lei nº 11.343/06, figurando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara de Delitos de Tráfico de Substâncias Entorpecentes da Comarca de Fortaleza.

Sustenta-se na impetração, em apertada síntese, que a prisão dos pacientes não pode subsistir, eis que encontra-se carente de fundamentação idônea, ante a ausência dos pressupostos da prisão preventiva, salientando, ainda, que os acusados possuem condições subjetivas favoráveis, aptas a lhes garantir o direito à liberdade provisória. Aduz-se, ademais, constrangimento ilegal em face do excesso de prazo na formação da culpa.

O pleito liminar foi indeferido, consoante decisão constante da fl. 9.

Informações da autoridade impetrada à fl. 13.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 69/73), manifestando-se pelo não conhecimento da ordem.

É, no que há de relevante, o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

Conforme relatado, os pacientes FRANCISCO BENTO FERNANDES e CARLOS ALBERTO FERREIRA VIANA FILHO foram presos em flagrante delito em 5 de fevereiro de 2013, acusados da prática, em tese, do delito tipificado no art. 33, da Lei nº 11.343/06, pretendendo-se com a impetração, em síntese, o direito de aguardarem o trânsito em julgado da ação em liberdade, ao argumento que estão sendo submetidos a constrangimento não amparado por nosso ordenamento, em razão do excesso de prazo na formação da culpa, e em decorrência de carência de fundamentação idônea do decreto prisional.

Quanto ao excesso de prazo na formação da culpa, abstrai-se dos informes prestados pela autoridade impetrada que o feito já conta com a fase probatória encerrada,

inclusive com os memoriais ofertados, tanto pela Defesa como pelo Ministério Público Estadual, apto, portanto, a ser julgado.

Nesse contexto, a alegação, no ponto, resta superada, fazendo incidir o enunciado da Súmula nº 52, do Superior Tribunal de Justiça, que reza: "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo".

Na parte alusiva à alegada ausência dos pressupostos da prisão preventiva, o pleito não comporta conhecimento. O impetrante descuidou-se ao não instruir adequadamente o *writ*, ônus que lhe cabia, aliás a impetração veio desacompanhada de quaisquer documentos, o que impede este Colegiado de enfrentar o tema relativo à carência de fundamentação da segregação cautelar, avaliando a necessidade, ou não, da prisão e as razões que levaram o juízo ordinário a decretar a medida de exceção.

Como é cediço, o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do apontado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

Sobre o tema leciona a Professora Ada Pellegrini Grinover, em sua obra Recursos no Processo Penal, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 374, *in verbis:*

> "De regra, a inicial deve vir acompanhada de prova documental pré-constituída, que propicie o exame, pelo juiz ou tribunal, dos fatos caracterizadores do constrangimento ou ameaça, bem como de sua ilegalidade, pois ao impetrante incumbe o ônus da prova".

Nesse sentido se firmou a jurisprudência, *in verbis*:

> *HABEAS CORPUS* – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – UNIFICAÇÃO DAS PENAS – CONTINUIDADE DELITIVA – IMPROPRIEDADE DO *WRIT* – **AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO CAPAZ DE COMPROVAR A IDENTIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DELITIVAS** – *WRIT* DENEGADO.
> 1- **O *habeas corpus*, em virtude de seu rito, de natureza célere, não permite a profunda incursão nas provas dos autos.**
> 2- Não é possível o reconhecimento da continuidade delitiva, se não são juntados aos autos documentos referentes aos crimes praticados, demonstrando a similitude das condutas.
> 3- *Writ* denegado.
> (HC 116.048/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2009, DJe 02/03/2009)(destaquei)

Ante o exposto, conhece-se parcialmente do *habeas corpus* e, nessa extensão, denega-se a ordem**,** com recomendação ao juízo da 2ª Vara de Delitos de Tráfico de Substâncias Entorpecentes da Comarca de Fortaleza de celeridade no julgamento do ação**.**

É como voto.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

PROCESSO: 0032793-96.2013.8.06.0000 – *HABEAS CORPUS*
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE: GERMANO VICTOR FERREIRA DE SOUSA
IMPETRANTE: JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: *HABEAS CORPUS* – PENAL E PROCESSUAL PENAL – ROUBO MAJORADO E RESISTÊNCIA – PRISÃO PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO DECRETO PRISIONAL, EIS QUE BASEADA EM CONSIDERAÇÕES ABSTRATAS, AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA – JUSTIFICADO PELA COMPLEXIDADE DA CAUSA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA NA PARTE CONHECIDA.

1. Impetração em favor do paciente preso pela prática, em tese, dos crimes previstos nos arts. 157, § 2º, I e II do CPB e 329 e 69 do CPB, onde sustenta-se a carência de fundamentação no decreto prisional, ausência de discussão sobre a possibilidade de aplicação de medidas cautelares, assim como, excesso de prazo para formação da culpa.

2. O *habeas corpus* é ação de procedimento especial não comportando dilação probatória, devendo vir acompanhado dos elementos capazes de demonstrar o constrangimento ilegal sofrido.

3. Ausência de prova pré-constituída. Imprescindível a juntada de peças para subsidiar o alegado, tais como: a decisão que converteu a prisão do paciente em preventiva, bem como cópias do inquérito policial e da denúncia.

4. Quanto ao argumento de que prisão do paciente se reveste de ilegalidade em face de possível excesso de prazo na formação da culpa, esta tese descabe concessão, pois só é considerado

abusivo quando injustificado. Os prazos, no processo penal, devem ser considerados de forma globalizada e comportam, diante das peculiaridades de cada caso, flexibilização razoável. 5. Ordem parcialmente conhecida e denegada nessa parte.

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 parcialmente a ordem, mas para denegá-la, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 03 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de GERMANO VICTOR FERREIRA DE SOUSA, pela prática, em tese, dos delitos tipificados nos arts. 157, § 2º, I e II do CPB e 329 e 69 do CPB, apontando como autoridade coatora o juízo de direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/CE.

O impetrante alega, através da defensora pública, constrangimento ilegal em razão da ilegalidade da prisão, pelos seguintes motivos: carência de fundamentação no decreto prisional, eis que baseada em considerações abstratas, ausência de discussão sobre a possibilidade de aplicação de medidas cautelares, bem como excesso de prazo na formação da culpa, sem que tenha concorrido para a demora.

Liminar indeferida às fls. 34

Informações da autoridade dita coatora às fls. 164, justificando a manutenção da prisão do paciente.

Inobstante os argumentos apresentados pela parte impetrante, verifica-se a ausência de prova pré-constituída.

Às fls. 41/44, a Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo parcial conhecimento da ordem, com a denegação na extensão conhecida

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos legais de admissibilidade. Conhece-se parte da ordem, porém para denegá-la.

Cuida-se de impetração de *Habeas Corpus* liberatório, com pedido de liminar, contra ato da autoridade citada, que, segundo a inicial, seria gerador de ilegal constrangimento, haja vista que o magistrado não fundamentou a prisão preventiva de forma idônea.

Busca a impetrante a liberdade do paciente, sob o argumento de que sofre constrangimento ilegal, haja vista a carência de fundamentação da decisão para a manutenção do cárcere, eis que baseada em considerações abstratas, ausência de discussão sobre a possibilidade de aplicação de medidas cautelares, asseverando, ainda, excesso de prazo na formação da culpa.

Com relação à primeira parte das argumentações do *mandamus*, destaca-se que o *habeas corpus* é ação de rito sumário, demanda prova pré-constituída e não comporta dilação probatória, exigindo-se, de plano, para o seu conhecimento a presença de elementos que possibilitem o exame das questões nele suscitadas. É que a impetração veio desacompanhada de documentos hábeis para se se comprovar o que foi arguido, de forma que restou impossibilitada sua análise.

Torna-se imprescindível a juntada de peças para subsidiar o alegado, tais como: a decisão que converteu a prisão do paciente em preventiva, bem como cópias do inquérito policial e da denúncia. Em virtude da omissão das citadas peças, resta inviabilizado o exame dos fatos e do direito.

Nesse sentido a jurisprudência é pacífica:

> "O *habeas corpus*, ação de porte constitucional caracterizada por seu rito célere, não comporta dilação probatória e, portanto, demanda prova pré-constituída das alegações que sustentam a impetração. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada." (STJ HC 27646 RS 6ª Turma)**.**

Sobre o tema leciona a Professora Ada Pellegrini Grinover, em sua obra, *in verbis*:

> "De regra, a inicial deve vir acompanhada de prova documental pré-constituída, que propicie o exame, pelo juiz ou tribunal, dos fatos caracterizadores do constrangimento ou ameaça, bem como de sua ilegalidade, pois ao impetrante incumbe o ônus da prova".

No que concerne ao pedido de relaxamento da prisão por excesso de prazo na formação da culpa, presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do *writ*, porém para denegá-lo.

Registra-se que se trata de ação penal complexa, em que se apuram, em tese, os crimes de roubo majorado e resistência praticado por dois réus, o que, naturalmente, implica em maior número de atos processuais, alongando a tramitação

do processo. Portanto, não há falar em desídia por parte do Poder Judiciário, sendo o processo impulsionado devidamente, dentro da sua complexidade.

Infere-se dos autos, que não há desídia do julgador na condução do processo, que, longe de se mostrar negligente, tem denotado especial atenção à celeridade processual. Nas informações prestadas pela autoridade impetrada, verifica-se o relato de que tão logo recebeu a peça inicial, determinou a citação do acusado e após a apresentação da defesa preliminar, designou a audiência de instrução e julgamento.

O Código de Processo Penal não estabelece prazo absoluto para a formação da culpa. Então, é possível afirmar que o "tempo do processo" é dado de acordo com as características próprias de cada feito, em atenção ao princípio da razoabilidade, de forma a não obstaculizar o exercício amplo de defesa pelo réu ou o cerceamento da acusação. E, pela análise das informações prestadas, e pela movimentação processual, verifica-se que o processo tramita regularmente, não se verificando excesso de prazo na formação da culpa.

Ante esse panorama, malgrados os esforços do impetrante, sua pretensão libertária não deve lograr êxito, inexistindo constrangimento ilegal por excesso de prazo na condução da ação penal e evidenciada a imprescindibilidade da segregação preventiva para a garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito em tese praticado.

Nesse sentido, confira-se precedentes:

> EMENTA: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA.
> As questões relativas a fragilidade da prova, ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência e presença de condições pessoais favoráveis ao paciente já foram enfrentadas no *Habeas Corpus* nº 70052786993, razão pela qual, neste tópico, não pode ser conhecido o presente *writ.*
> O Código de Processo Penal não estabelece prazo absoluto para a formação da culpa. Então, é possível afirmar que o "tempo do processo" é dado de acordo com as características próprias de cada feito, em atenção ao princípio da razoabilidade, não sendo permitido obstaculizar o exercício amplo de defesa pela ré ou o cerceamento da acusação. E, no caso, o processo tramita regularmente, não se verificando excesso de prazo na formação da culpa.
> *HABEAS CORPUS* CONHECIDO, EM PARTE. ORDEM DENEGADA.
> (*Habeas Corpus* Nº 70055367973, Segunda Câmara Criminal, Comarca de Catuípe - Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 22/08/2013.
>
> EMENTA**:** *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE.

> AUSÊNCIA DA DECISÃO IMPUGNADA. PROCESSO INSTRUÍDO COM DOCUMENTOS QUE NÃO DIZEM RESPEITO AO PACIENTE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE DOS AUTOS. *WRIT* NÃO ADMITIDO.
> 1. A ação do *habeas corpus*, de extração constitucional, demanda prova pré-constituída do direito líquido e certo postulado, pois a ação constitucional possui procedimento especial, de caráter sumaríssimo.
> 2. O *writ* foi instruído com documentação que não diz respeito à pessoa que figura como paciente nestes autos. Embora demande prova pré-constituída, esta relatoria, visando materializar os princípios da economia e da celeridade processual, buscou instruir os autos com a decisão impugnada, mas sem êxito.
> 3. Inviável a análise do pedido de revogação da prisão preventiva, uma vez que não se sabe os fundamentos expendidos pela autoridade impetrada para decretá-la, inviabilizando a análise do aventado constrangimento ilegal, diante da ausência de elementos para tanto.
> 4. *Habeas corpus* não admitido.
> (Acórdão n.623172, 20120020205046HBC, TJDFT, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 27/09/2012, Publicado no DJE: 02/10/2012. Pág.: 293)

Por fim, diante da natureza do crime imputado ao paciente e das circunstâncias em que foi praticado, não se vislumbra a adequação de outras medidas cautelares, apresentando-se a prisão como medida necessária.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, considerando não haver constrangimento ilegal que macule a prisão do paciente, conhece-se em parte, do *habeas corpus*, denegando-lhe a ordem, na parte conhecida.

Fortaleza, CE, 03 de fevereiro de 2014.

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Ação civil pública – ato de improbidade administrativa – ex-prefeita – ausência de prestação de contas – ofensa aos princípios da legalidade e da administração pública – inteligência do art. 11, Inciso VI, da Lei nº 8.429/92 – cominação das sanções previstas no art. 12, III ..... 76/77.

Ação civil pública – energia elétrica – serviço público concedido – falta de pagamento – unidade consumidora: cadeia pública e unidade de polícia do município – essencialidade e imprescindibilidade do serviço de segurança pública – prevalência do interesse da coletividade – impossibilidade de suspensão do fornecimento ..... 122.

Ação de usucapião – herdeira – possibilidade – prova de ânimo de dona – prazo legal observado – prescrição aquisitiva – sentença confirmada ..... 133.

Acidente de trânsito – vítima fatal – culpa ou fato exclusivo da vítima ou terceiro – ciclista atingido na pista de rolamento da rodovia – ausência de nexo causal entre a conduta do agente e o dano – responsabilidade civil do motorista do veículo atropelador não configurada – improcedência do pedido ..... 181.

Apreensão de mercadorias pelo fisco – objetivo de obrigar o contribuinte ao pagamento de multa por descumprimento de obrigação tributária acessória – produtos desacompanhados de documento fiscal idôneo – ilegalidade – sanção política – Súmula 323 do STF e 31 do TJCe ..... 129.

Compra de automóvel zero km – demora e informações insuficientes sobre o prazo de entrega do veículo – rescisão contratual – necessidade de boa-fé nas relações de consumo – teoria da carga dinâmica da prova – multa de 10% sobre o valor total do carro indevidamente retida pela concessionária – ofensa ao art. 476, do CC – devolução que se impõe – danos morais configurados ..... 30/31.

Concessionária de serviço público – Coelce – queda de poste de energia elétrica sobre residência – caso fortuito e força maior – inocorrência – acontecimento danoso previsível

e evitável – caracterização do nexo causal – responsabilidade civil existente – dever de reparar configurado ..... 94.

Condomínio – ausência de saldo em conta – despesas não comprovadas – valor determinado por perícia – responsabilidade da ex-síndica e do administrador contratado – aplicação do art. 557, do CPC ..... 211.

Contrato de previdência privada – manutenção da ex-esposa como dependente previdenciária do ex-marido falecido – acordo pactuado e homologado judicialmente, na ação de divórcio – a existência de previsão em normas internas da entidade previdenciária não justifica a abrupta exclusão da demandante do benefício que gozava há longa data – submissão ao Código de Defesa do Consumidor ..... 215/216.

Corte indevido de energia elétrica – ocorrência – nexo de causalidade – pessoa jurídica – danos moral configurado – possibilidade – reparação – dano material – ausência .. 227.

Desapropriação – utilidade pública – valor indenizatório verificado por perícia judicial – laudo realizado com participação de todas as partes – entidade desapropriante que anuiu expressamente com a forma de cálculo – recurso de caráter protelatório – comportamento contraditório verificado – imposição de multa por litigância de má-fé .. .. 168.

Desapropriação por utilidade pública – COHAB – citação efetivada regularmente – princípio da instrumentalidade das formas – laudo elaborado pelo experto judicial – justa indenização ..... 56/57.

Direito sindical – eleições – arguição de nulidade – competência da Justiça Estadual – sentença proferida anteriormente à E.C. 45/2004 – precedentes – impugnação à contagem de urna – número de votantes inferior ao número de cédulas – vício constatado por meio de perícia judicial – violação ao regimento interno do sindicato – vício existente – nulidade dos votos …..... 108/109.

Embargos à execução de alimentos – imposição para recebimento como impugnação – não há mais embargos, porém impugnação – princípio da fungibilidade e economia processual – sentença anulada – excesso de formalismo do magistrado – extinção desautorizada ..... 86.

Entidade educacional sem fins lucrativos – pretensão ao reconhecimento da imunidade tributária – admissibilidade – preenchimento dos requisitos constitucionais e legais – art. 150, VI, "c" da Constituição Federal e art. 14 do CTN ..... 146/147.

Estabelecimento prisional – interdição – transferência de presos – julgamento *ultra petita* – construção de novo presídio – liberação de recursos públicos – óbice da Lei n° 9.494/97 – intervenção do Poder Judiciário na administração pública – inadmissibilidade ….. ..... 115/116.

Inscrição nos cadastros de proteção ao crédito – legalidade do ato – efetiva utilização dos serviços – reconhecimento de não efetuação do pagamento das faturas devidas – danos morais indevidos ..... 25.

Liberdade de informação – notícias veiculadas em programa de televisão - abuso – direito da intimidade e o da vida privada – violação da dignidade humana – danos morais caracterizados – redução do *quantum* reparatório ..... 38/39.

Mandado de segurança – envio de cópias dos certames licitatórios requerido pelo presidente da Câmara Municipal – recusa do prefeito – violação aos princípios da publicidade do procedimento licitatório e da transparência da administração pública – art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.666/93 – violação ao direito líquido e certo do impetrante .... 203/205.

Obras artísticas – ação por danos materiais e morais – violação de direitos autorais – utilização econômica de obras sem autorização do titular do direito – Lei nº 9.610/98 – citação válida recebida por gerente da empresa dentro do estabelecimento – revelia decretada corretamente – indenização cabível ..... 187/188.

Reintegração de posse – agravo retido: suspensão da ação possessória em razão da existência de ação de usucapião – impossibilidade – anterior ajuizamento da ação cautelar de notificação – contrato de comodato verbal – comprovação nos autos – notificação judicial para desocupação do imóvel – esbulho configurado ..... 173/175.

Servidor público – ação anulatória de dispensa – função de cozinheira desempenhada perante a Polícia Militar do Estado do Ceará – motivo determinante – Não comprovação – processo administrativo – necessidade – estabilidade – irrelevância – ofensa ao princípio do devido processo legal – precedentes do STF ..... 139.

Servidor público – ação de cobrança – terço de férias – aplicação das regras do regime estatutário ao invés do celetista – inexistência de previsão legal que garanta dois períodos de férias de 30 dias ..... 53.

Servidor público – proventos – contribuições previdenciárias indevidamente descontadas administrativamente – não demonstração de resistência da administração pública à devolução dos valores – extinção do feito sem resolução do mérito – ausência de interesse processual da autora – ofensa ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional – inocorrência ..... 64.

Servidor público – teto remuneratório previsto no art. 37, Inciso XI da Constituição Federal – Emenda Constitucional nº 41 – ausência de direito adquirido a regime jurídico anterior e a garantia constitucional de irredutibilidade vencimental em face da nova ordem constitucional – possibilidade de instituição de subtetos estaduais e municipais .. .. 46/47.

Sucessões – ação de sonegados – meio hábil para impugnação de bens não colacionados – aplicação do Código Civil de 2002, quanto às disposições da sonegação – herança – direito fundamental – bens adquiridos e alienados quando o falecido ainda estava vivo – livre disposição dos bens – impossibilidade de ingresso na sobrepartilha – bens adquiridos na constância do segundo matrimônio e travestidos de alienações aos filhos do segundo casamento – regime de comunhão parcial de bens – presunção de esforço comum – necessidade de sobrepartilha entre todos os herdeiros necessários .... 239/241.

Trio elétrico – queda do alto do caminhão – ausência de proteção adequada e suficiente nas laterais do veículo – morte – dependência econômica do falecido – danos morais e materiais – cabimento ..... 15/16.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação civil pública – afastamento liminar de prefeito e vice-prefeito das funções públicas, bloqueio *on line* das suas contas bancárias, indisponibilidade de bens móveis e imóveis e busca e apreensão de documentos – improbidade administrativa – todos os documentos necessários para instrução processual obtidos – retorno dos agravantes ao seu labor – inexistência de dano às investigações ..... 263/264.

Ambiental – poluição sonora – verossimilhança das alegações autorais calcadas em provas periciais e documentais hábeis – abuso de direito – ponderação de valores – permissão do funcionamento do clube desde que observados os limites legais ... 281/282.

Cagece – concessionária do serviço público – determinação de religação da unidade consumidora – prévio aviso de corte – alegação pela concessionária de inexistência de corte, mas de suspensão do fornecimento para ajustes na rede de distribuição – não comprovação ..... 276/277.

Direito à vida e à saúde – fornecimento de medicação – prescrição no receituário médico – antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional – possibilidade – verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação – precedentes do STF e do STJ ..... 271.

Plano de saúde ortodôntico – cirurgia bucomaxilofacial não autorizada pela operadora do plano – necessidade de intervenção cirúrgica comprovada – cobertura do plano – desnecessidade de credenciamento do especialista solicitante ..... 297/298.

Propaganda enganosa – encarte publicitário em desacordo com o bem adquirido – quebra dos deveres tangentes de lealdade e boa-fé – prática comercial abusiva – configuração .... 292/293.

Veículo financiado com cláusula de alienação fiduciária em garantia – mora contratual – constituição mediante notificação extrajudicial – recebimento de próprio punho pela devedora – busca e apreensão – concessão da medida liminar – Decreto-Lei nº 911/1969 ..... 268.

AÇÃO RESCISÓRIA

Cerceamento de direito de defesa – ofensa à literal disposição de lei – art. 485, V, do CPC – não oitiva das testemunhas de defesa – inocorrência – art. 485, IX, CPC – suposto erro de fato sobre apreciação do laudo pericial ..... 305.

Usucapião – ausência de manifestação de interesse do município de Fortaleza – incompetência absoluta do juiz *a quo* e violação a literal disposição de lei (art. 485, II e V, CPC) – inocorrência ..... 312/313.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Constitucional e tributário – IPTU – critério de verticalização e percentuais progressivos – incompetência do Tribunal de Justiça para exercer o controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo municipal impugnado em face da Constituição Federal – ausência de relevância jurídica do fundamento que afirma violação dos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e anexo único da Lei Complementar 155/2013, do Município de Fortaleza .. .. 323.

Lei municipal nº 1.268/2007 e decreto Autônomo nº 2.132/2009, do Município de Maracanaú – competência da Corte Especial do TJCe para o processo e julgamento de ADI – inteligência dos arts. 96, I, "a" , 97 e 125,§ 1º, da Constituição Federal/1988; 108, VII, "f", da Const. Estadual; 16 e 21, III, da Loman; 21 do CODOJECE; 14 da Lei Estadual nº 14.258/2008 e 22, X, do RITJCe – ilegitimidade ativa de sindicato de âmbito regional para questionar atos normativos municipais reconhecida ..... 335/336.

MANDADO DE SEGURANÇA

Fornecimento de medicamentos essenciais ao tratamento dos substituídos processuais – portadores de doenças graves – possibilidade de intervenção do judiciário em virtude da omissão Estatal – efetivação dos direitos fundamentais à vida e à saúde – observância do princípio da dignidade da pessoa humana – inaplicabilidade da reserva do possível em face do descumprimento do mínimo existencial ..... 357/358.

Servidores públicos – desconto nos vencimentos lastreado em dias não trabalhados – legalidade - desnecessidade de instauração de processo administrativo – suposta falha no controle de frequência desafia dilação probatória – impropriedade da via ..... 373.

Tributário – ato pretensamente cometido pelo secretário da fazenda do Estado do Ceará – iminência de apreensão de mercadorias – autoridade ilegítima – atuação indicada que não conta com a participação, direta ou indireta, da autoridade impetrada – impossibilidade de aplicar-se a teoria da encampação, existência de hierarquia entre o secretário da fazenda e os fiscais de tributos que ocorre apenas do ponto de vista funcional ..... 349.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Crime de trânsito – homicídio culposo – art. 302, Parágrafo Único do Código de Trânsito Brasileiro – condutor não possuidor de carteira de habilitação – causa de aumento de pena previsto no art. 302, Parágrafo Único, inciso I, do CTB – não aplicação pelo magistrado – reforma da sentença aplicando a causa de aumento de pena ..... 396.

Furto qualificado – art. 155, § 4º, II e IV, do CP – corrupção de menores – pleito de absolvição – impossibilidade – autoria e materialidade devidamente confirmadas – corrupção de menores – crime formal -prescindibilidade de prova da efetiva corrupção – afastamento da qualificadora da escalada ..... 418/419.

Homicídio duplamente qualificado e triplamente qualificado – continuidade delitiva – roubo triplamente majorado – concurso material – alegação de decisão do júri ser manifestamente contrária à prova dos autos – inocorrência ..... 431/433.

Latrocínio – preliminar de nulidade não alegada no momento das alegações finais – matéria preclusa – desclassificação da conduta criminosa para homicídio doloso – cabimento – insuficiência de prova do dolo de subtrair coisa alheia, de assegurar a impunidade do crime ou detenção da *res* ..... 408/409.

Lesão corporal culposa na condução de veículo automotor – invasão de via preferencial – confissão – autoria e materialidade delitivas não contestadas – prescrição da pretensão punitiva estatal – inocorrência ..... 401.

Porte ilegal de arma de fogo – pena-base acima do mínimo legal – análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal – impossibilidade – a majoração quantitativa aplicada pelo juiz, está dentro de seu poder discricionário legal .. .. 455.

Roubo duplamente majorado e corrupção de menor – desclassificação para o crime de roubo simples tentado – impossibilidade – majoração em face da prática da conduta delituosa em concurso de agentes – crime de roubo consumado, inversão da posse da *res furtivae* – Súmula 11 do TJCe ..... 383.

Roubo majorado duplamente – condenação – requerimento para expurgo da majorante do emprego de arma de fogo ante a ausência de laudo pericial – desnecessidade da apreensão e da perícia da arma para comprovar a qualificadora – STF e STJ – indevida aplicação da agravante da reincidência e não aplicação da atenuante da confissão espontânea – reconhecimento ..... 404.

Roubo majorado pelo concurso de agentes – aplicação do princípio da insignificância – impossibilidade – desclassificação do crime para o de constrangimento ilegal – inaplicabilidade ..... 427.

Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes – absolvição – impossibilidade – provas suficientes de autoria e materialidade – palavra da vítima, intenso valor probante – participação de menor importância – inviabilidade – emprego de arma de fogo por um dos comparsas – comunicabilidade das circunstâncias objetivas ..... 391.

Tráfico de drogas – condenação – pleito absolutório ou desclassificatório para uso próprio – descabimento – contexto fático-probatório evidencia a ocorrência do crime de tráfico ..... 479/480.

Tráfico de drogas – pedido de desclassificação para uso – impossibilidade – autoria e materialidade comprovadas – majoração da pena-base – possibilidade – circunstâncias judiciais desfavoráveis ..... 444.

Tráfico de entorpecentes com associação eventual de agentes – nulidades – parcial conhecimento – parte das matérias alegadas já decididas em sede de habeas corpus julgado por esta corte – cerceamento de defesa, alegações finais ofertadas por um único advogado em nome de vários réus com defesa colidentes – inocorrência ..... 459/461.

Tráfico de substância entorpecente – pleito objetivando a absolvição sob o argumento de ter agido mediante coação irresistível – inocorrência ..... 448.

HABEAS CORPUS

Roubo majorado e resistência – prisão preventiva – alegação de carência de fundamentação no decreto prisional – inocorrência – excesso de prazo justificado pela complexidade da causa – constrangimento não evidenciado ..... 508/509.

Roubo majorado pelo uso de armas e concurso de pessoas, falsa identidade, corrupção de menores e disparo de arma de fogo – prisão em flagrante – excesso de prazo – inocorrência – instrução encerrada – aplicação da Súmula nº 52 do STJ – fase de memoriais ..... 501.

Tráfico e associação para o tráfico de substâncias entorpecentes – pleito de trancamento da ação penal – ausência de justa causa e negativa de autoria – não conhecimento – matéria incompatível com a via do *writ* por demandar exame aprofundado da prova – inépcia da denúncia em face da não individualização da conduta do paciente – improcedência – obediência aos requisitos do art. 41, do CPP ..... 489.

Tráfico ilícito de entorpecente – prisão preventiva – pedido de liberdade provisória – legitimidade da Defensoria Pública para, através do Núcleo de Assistência ao Preso Provisório, postular junto ao juízo impetrado ..... 497/498.

Tráfico ilícito de entorpecentes – prisão em flagrante – excesso de prazo na formação da culpa – instrução encerrada – constrangimento não configurado – Súmula 52 do STJ ... . 504.

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
do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em
Fortaleza/CE, março de 2014.