TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 50 - 2014
Abril / Junho

TJCE
EDITORA

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.50, p. 1 - 505, 2014

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 50.2014
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. 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
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Des. José Tarcílio Souza da Silva
Dra. Helena Lúcia Soares - Juíza convocada

ÓRGÃO ESPECIAL
(Reuniões às quintas-feiras com início às 13h30min)

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 13h30min)

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. 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
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Des. José Tarcílio Souza da Silva
Dra. Helena Lúcia Soares - Juíza convocada

1ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às segundas-feiras com início às 13h30min)

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 13h30min)

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes - Presidente
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves

3ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às segundas-feiras com início às 13h30min)

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 13h30min)

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 08h30min)

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 08h30min)

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 08h30min)

Des. Durval Aires Filho - Presidente
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Desa. Maria Gladys Lima Vieira
Dra. Helena Lúcia Soares - Juíza convocada

8ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às terças-feiras com início às 08h30min)

Des. Francisco Darival Beserra Primo - Presidente
Des. Carlos Rodrigues Feitosa
Des.Raimundo Nonato Silva Santos
Des. José Tarcílio Souza da Silva

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS
(Reuniões às últimas quartas-feiras de cada mês, com início às 13h30min)

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 13h30min)

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

2ª CÂMARA CRIMINAL
(Reuniões às terças-feiras com início às 13h30min)

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

Sumário

Jurisprudência Cível

Apelação Cível 15/264
Agravo de Instrumento 267/308
Mandado de Injunção 311/325
Processo Administrativo 329/334

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime 339/404
Habeas Corpus 407/464
Perda de Patente 467/481
Recurso Crime em Sentido Estrito 485/496

Índice Alfabético 497/505

Jurisprudência Cível

Apelação Cível

APELAÇÃO CÍVEL N. 0062580-80.2007.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTE: BANCO ABN AMRO REAL S/A
APELADA: DANIELI RODRIGUES PESSOA
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SAQUES REALIZADOS NA POUPANÇA DA APELADA (TITULAR DA CONTA) POR TERCEIROS (FRAUDADORES). RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO APELANTE. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS, REDUZINDO-SE O *QUANTUM* REPARATÓRIO A ELES RELACIONADO, DE MODO A ADEQUÁ-LO À PROVA CONSTANTE DOS AUTOS. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS, MANTENDO-SE O VALOR INDENIZATÓRIO A ELES RELATIVO. ESTABELECIMENTO, DE OFÍCIO, DO MOMENTO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. FIXAÇÃO, DE OFÍCIO, DOS JUROS MORATÓRIOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não se pode imputar a responsabilidade sobre possíveis ilicitudes ao titular da conta, pois não está ao seu alcance evitá-las, aplicando-se à hipótese dos autos o art. 14, *caput*, do CDC, na medida em que o Apelante responde, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

2. A quantia reparatória por danos materiais, decorrentes dos saques indevidamente levados a efeito na conta poupança da Apelada, deve ser reduzida de R$ 8.000,00 (oito mil reais) para R$ 2.037,72 (dois mil e trinta e sete reais e setenta e dois centavos), *quantum* que se mostra compatível com os elementos de prova constantes dos autos, pois representa o somatório dos saques contestados pela Recorrida.

3. A Apelada, ao perceber que estava sem o dinheiro que vinha juntando em sua poupança, certamente sofreu abalo

emocional, recebendo, inclusive, ameaça de inclusão do seu nome na SERASA, tendo em vista que, por não ter conseguido retirar da poupança o valor de que precisava, deixou de pagar contas no vencimento, fato que agravou ainda mais a sua aflição, devendo ser mantido o valor da reparação por danos morais, fixado em R$ 2.000,00 (dois mil reais), vez que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

4. Estipulação, de ofício, do momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais como sendo a data do arbitramento, no Juízo *a quo*, observando-se, assim, a Súmula 362 do STJ, *in verbis*: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

5. Fixado de ofício, o termo inicial da correção monetária da quantia indenizatória por danos materiais é o evento danoso, respeitando-se, dessa forma, a Súmula 43 do STJ, *ipsis litteris*: "Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo".

6. Arbitramento, de ofício, dos juros moratórios relativos aos dois montantes reparatórios, os quais são devidos a partir da citação, à taxa de 1% ao mês (arts. 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN).

7. 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, estabelecer, de ofício, o momento inicial da correção monetária dos valores indenizatórios por danos morais e materiais e arbitrar, também de ofício, os juros moratórios relativos aos dois montantes, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cogita-se de Apelação manejada pelo Banco Abn Amro Real S/A,

adversando a sentença proferida pelo Juízo da 8ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação de restituição de valores cumulada com indenização por danos materiais e morais e com pleito de antecipação de tutela, proposta em seu desfavor por Danieli Rodrigues Pessoa, julgou procedente o pedido.

Na peça exordial (f. 03-11), a Autora alega que, em 2005, abriu conta poupança no Banco demandado e que, mensalmente, fazia depósitos nela, sustentando a Promovente, além disso, que, na instituição financeira, limitava-se a colocar dinheiro em sua poupança, nunca retirando extratos, por considerar que os recibos dos depósitos eram suficientes.

Além disso, argumenta a Demandante que, em 23.04.2007, precisou retirar R$ 300,00 (trezentos reais) para pagar algumas contas que estavam em atraso, mas, surpreendentemente, só havia em sua conta poupança a quantia de R$ 7,79 (sete reais e setenta e nove centavos), tendo, em razão disso, procurado o seu gerente, o qual, após muitos dias de espera, informou-lhe que o seu cartão tinha sido clonado e que, por esse motivo, o Banco requerido não se responsabilizaria pelo dinheiro nem iria devolver à Requerente o montante retirado de sua poupança.

Afirmando que, além de ter perdido o capital, sofreu danos morais, vez que, ao deixar de honrar os seus compromissos, teve o seu nome inscrito em órgãos de proteção ao crédito, postulou a restituição da soma indevidamente subtraída (inclusive em sede de tutela antecipada) e o recebimento de indenização por danos morais em quantia equivalente a 100 (cem) salários mínimos ou em outra soma a ser arbitrada pelo julgador.

O Juiz *a quo* indeferiu o pleito antecipatório (f. 54).

Sentenciando o feito (f. 91-98), o Magistrado de 1º Grau julgou procedente o pedido, condenando o Banco promovido a ressarcir a perda pecuniária da Recorrente, fixando, para tanto, o valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais) e a pagar à Demandante o montante de R$ 2.000,00 (dois mil reais), a título de indenização por danos morais, 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. 103-118), o Apelante aduz, em sinopse, que:

a) a Apelada não comprovou os depósitos que alega haver realizado em sua conta poupança;

b) a sua responsabilidade, em razão da ação de terceiros, deve ser afastada, visto que não praticou qualquer ato danoso contra a Recorrida;

c) Em boletim de ocorrência, a Apelada declarou que, na sua poupança, deveria existir a quantia de R$ 1.600,00 (um mil e seiscentos reais), de tal sorte que é

descabido o montante reparatório pela perda patrimonial, estipulado pelo Juiz *a quo* em R$ 8.000,00 (oito mil reais);

d) além de a situação vivenciada pela Recorrida configurar caso de mero aborrecimento, não foram por ela demonstrados os supostos danos morais;

e) ainda que se entenda pela sua condenação, deve ser reduzido o *quantum* indenizatório por danos morais, fixado pelo Magistrado de 1º Grau em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

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

Em sua contrarrazões (f. 129-142), a Apelada requer a manutenção da sentença atacada e, caso seja modificado o *decisum*, postula a majoração das quantias reparatórias.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso merece apenas parcial provimento. Ademais, devem ser supridas, de ofício, as omissões da sentença, no que tange ao estabelecimento do momento inicial da correção monetária dos valores indenizatórios por danos morais e materiais e à fixação dos juros moratórios relativos aos dois montantes.

Verifico que a Recorrida efetivamente fez diversos depósitos em sua conta poupança (f. 19-46), sendo que, após a realização de vários saques, o saldo ficou em R$ 7,79 (sete reais e setenta e nove centavos), conforme demonstra o extrato de f. 19, estando comprovada, dessa forma, a ocorrência da perda pecuniária.

O Apelante sustenta que não praticou qualquer ato ilícito, tendo sido vítima de fraude, de modo que a sua responsabilidade, em razão da ação de terceiros, deve ser afastada.

Razão não lhe assiste.

A responsabilidade pelo uso do cartão é do seu titular, mas deve ser levada em conta a ocorrência de fraudes, a exemplo da clonagem de cartões, matéria frequente em jornais e revistas, não se podendo imputar a responsabilidade sobre possíveis ilicitudes ao titular da conta, pois não está ao seu alcance evitá-las.

Assim sendo, o Recorrente deve assumir o risco do negócio e tomar todos os cuidados necessários no sentido de evitar fraudes, não podendo a responsabilidade ser transferida para os que são vítimas de ilicitudes.

De mais a mais, aplica-se à hipótese dos autos o art. 14, *caput*, do CDC[1], na medida em que o Apelante responde, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

Desse modo, constatada a irregularidade dos saques levados a efeito na conta poupança da Apelada, deve ela ser indenizada pelos danos materiais sofridos.

Entretanto, o valor estipulado pelo Juiz *a quo*, a título de indenização pelo prejuízo material, afigura-se exacerbado, não se coadunando com a prova dos autos, devendo, nesse ponto, conforme se verá adiante, ser reformada a sentença impugnada.

Em 06.07.2007, a Recorrida foi à Delegacia de Defraudações e Falsificações, em Fortaleza, noticiar a perda pecuniária, informando à autoridade policial, naquela ocasião, que havia sido retirada da sua poupança, sem o seu consentimento, a quantia aproximada de R$ 1.600,00 (um mil e seiscentos reais), consoante se verifica por meio do boletim de ocorrência de f. 16.

Além disso, somando-se os saques irregularmente levados a efeito na conta poupança da Apelada, os quais foram por ela contestados um a um (f. 17-18), chega-se ao valor de R$ 2.037,72 (dois mil e trinta e sete reais e setenta e dois centavos).

Dessa forma, o valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), fixado pelo Magistrado de 1º Grau, a título de indenização por danos materiais, em nada se assemelha a qualquer dos dois montantes acima mencionados (cifra aproximada de R$ 1.600,00 ou importância exata de R$ 2.037,72).

Posto isso, a quantia reparatória por danos materiais deve ser reduzida para R$ 2.037,72 (dois mil e trinta e sete reais e setenta e dois centavos), *quantum* que se mostra compatível com os elementos de prova constantes dos autos, pois representa o somatório dos saques contestados pela Recorrida.

Demais disso, a Apelada, ao perceber que estava sem o dinheiro que vinha juntando em sua poupança, certamente sofreu abalo emocional (angústias e inquietações), recebendo, inclusive, ameaça de inclusão do seu nome na SERASA (f. 47-48), tendo em vista que, por não ter conseguido retirar da poupança o valor de que precisava, deixou de pagar contas no vencimento, fato que agravou ainda mais a sua aflição, razão pela qual deve ser indenizada pelos danos morais experimentados.

Assim, postas as premissas necessárias, passo a examinar o valor da indenização.

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

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 montante de R$ 2.000,00 (dois mil reais), fixado pelo Juiz de 1º Grau, a título de indenização por danos morais, deve ser mantido, vez que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

Não tendo o Magistrado *a quo* se pronunciado acerca do momento inicial da correção monetária dos valores indenizatórios por danos morais e materiais nem sobre os juros moratórios relativos aos dois montantes, supro, de ofício, as omissões.

Em relação ao momento inicial da correção monetária do *quantum* reparatório por danos morais, deve ser observada a Súmula 362 do STJ, segundo a qual "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento", devendo a correção monetária ocorrer, portanto, a partir da prolação da sentença fustigada.

No que se refere ao termo inicial da correção monetária da quantia indenizatória por danos materiais, dispõe a Súmula 43 do STJ que "incide correção

monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo", devendo a correção monetária incidir, por conseguinte, desde a data do evento danoso.

No que tange aos juros moratórios, saliento que, em se tratando de responsabilidade contratual, caso dos autos, o STJ já decidiu que "os juros moratórios possuem como termo inicial a data da citação" (STJ, EDcl no REsp 538279/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 29.08.2012).

Dessa forma, os juros moratórios relacionados aos dois montantes reparatórios devem ser fixados, a contar da citação, em 1% (um por cento) ao mês (arts. 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN).

A Recorrida, em sua contraminuta, requer a manutenção da sentença atacada e, caso seja alterado o *decisum*, pleiteia a elevação dos valores indenizatórios.

O pedido de majoração das quantias reparatórias não pode ser formulado em sede de contrarrazões, motivo pelo qual deixo de examiná-lo, sendo certo que, para modificar a sentença, a Apelada deveria ter interposto o competente recurso apelatório e, como não o fez, operou-se a preclusão temporal.

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, dando-lhe parcial provimento, apenas para reduzir o *quantum* indenizatório por danos materiais de R$ 8.000,00 (oito mil reais) para R$ 2.037,72 (dois mil e trinta e sete reais e setenta e dois centavos), ao tempo em que, de ofício, estabeleço o momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais como sendo a data do arbitramento, no Juízo *a quo*, nos termos da Súmula 362 do STJ, e por danos materiais como sendo a data do evento danoso, nos moldes do Súmula 43 do STJ, e, também de ofício, arbitro os juros moratórios relativos aos dois montantes indenizatórios, devidos a partir da citação, em 1% (um por cento) ao mês, mantendo, no mais, a sentença combatida.

Fortaleza, 5 de agosto de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL N. 61-27.2005.8.06.0070/1
APELANTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ (COELCE)
APELADO: FRANCISCO DE ASSIS VALE
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO E DO CONSUMIDOR. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. MEDIDOR ADULTERADO SEM A DEVIDA COMPROVAÇÃO DE QUE HOUVE A INTERVENÇÃO DO USUÁRIO. OCORRÊNCIA DE UM CURTO CIRCUITO NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NECESSIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE DEMONSTRAR A FRAUDE. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA, PORÉM COMPLETAMENTE DESPROVIDA.

A presente querela está centrado na existência ou não de responsabilidade de concessionária de energia elétrica na manutenção de medidor externo de determinado estabelecimento comercial quando houver curto circuito.

A Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, regulamenta tal regime e, ainda, determina que os usuários, nessa hipótese, com base no art. 7º, IV, levem ao conhecimento do Poder Público ou da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado.

Então, de acordo com os depoimentos prestados, notadamente dos funcionários do estabelecimento comercial, verifica-se que, em 2005, houve um princípio de incêndio na caixa de energia, o que veio, certamente, a ocasionar a danificação apontada pela concessionária no medidor de energia elétrica.

Atrelado a isso, merece ser destacado, com base no depoimento do eletricista da COELCE, que, embora seja funcionário da empresa há mais de 21 (vinte e um) anos, todo o controle de ocorrência é feito em Fortaleza. Assim, como bem explanou o juiz *a quo*, não houve por parte da concessionária qualquer diligência, antes de presumir a adulteração, no sentido de averiguar se o curto circuito ocorrido seria o causador do dano no medidor.

Logo, competia à concessionária a prova da adulteração, o que, indubitavelmente, não ocorreu, porque sequer houve perquirição penal para a possível constatação do delito contido no art. 155, § 3º, Código Penal.
Apelação Cível conhecida, porém completamente desprovida, ao confirmar em todos os termos a sentença prolatada, a fim de declarar insubsistente a cobrança perpetrada pela concessionária.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes 1ª Câmara Cível, unanimemente, em conhecer a apelação cível interposta, mas para negar-lhe total provimento, de acordo com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de **Apelação Cível** (fls. 173/183), interposta pela COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ (COELCE), tendo em vista a sentença (fls. 164/168) da lavra do d. magistrado atuante na 2ª vara Cível da Comarca de Crateús, que julgou completamente procedente o pleito autoral, com o fim de declarar, em suma, insubsistente a imputação de consumo desviado de energia elétrica.

Inicialmente, foi interposta Ação Denegatória de Débito c/c Pedido de Liminar (fls. 02/05), em que o autor requer a anulação de débito relativo ao mês de fevereiro de 2005, referente à cobrança no valor originário de R$ 21.824,83 (vinte e um mil e oitocentos e vinte quatro reais e oitenta e três centavos), por ter sido encontrado possível desvio de energia elétrica.

A contestação repousa, às fls. 18/35, em que esclarece, em suma, que, quando ocorre a violação do medidor de consumo, é responsabilidade do consumidor o seu reparo, independentemente da definição da autoria do ato ilícito.

Está acostada, às fls. 36/68, a documentação relativa, sobretudo, ao termo de ocorrência, o qual se constatou que o medidor não estava registrando o consumo com a carga ligada, bem como fotos do estabelecimento comercial, a fim de apontar a suposta fraude.

A tutela antecipada pleiteada foi concedida (fls. 100/103), no sentido de que a COELCE, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, restabelecesse o fornecimento de energia elétrica no estabelecimento comercial.

Na sentença de fls. 164/168, ficou assentado que a COELCE agiu com culpa *in vigilando*, na medida em que somente após dez meses providenciou a substituição do medidor danificado por curto circuito, por isso a declaração de inexistência do débito.

Irresignado com tal *decisum*, a concessionária interpôs apelação, às fls. 173/183, em que questiona: **a)** observância do contraditório e da ampla defesa quando da comprovação das irregularidades; **b)** regularidade da inspeção formulada; **c)** legitimidade da cobrança e **d)** responsabilidade do ocorrido.

O recurso apelatório foi recebido em seu duplo efeito (fl. 186).

As contrarrazões se encontram às fls. 188/191, nas quais se ratifica a necessidade de manutenção na íntegra da sentença.

A douta Procuradoria Geral de Justiça não demonstrou interesse público no feito que ensejasse a intervenção ministerial.

Eis o relatório. Ao Revisor. Peço data para julgamento.

VOTO

Inicialmente, presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço o recurso interposto.

O cerne da presente querela está centrado na existência ou não de responsabilidade de concessionária de energia elétrica na manutenção de medidor externo de determinado estabelecimento comercial quando houver curto circuito.

Antes de adentrar ao mérito da causa, esclarece-se que, por força do **art. 175, do atual discurso constitucional**, incumbe ao Poder Público, diretamente ou na forma de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos.

Nesse sentido, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (**Direito Administrativo**. 20. ed. São Pualo: Atlas, 2007, p. 273), a concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante a fiscalização do Poder Público.

A Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, regulamenta tal regime e, ainda, determina que os usuários, nessa hipótese, com base no art. 7º, IV, levem ao conhecimento do Poder Público ou da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado.

Então, de acordo com os depoimentos prestados, notadamente dos funcionários do estabelecimento comercial (fls. 143/146), verifica-se que, em 2005, houve um princípio de incêndio na caixa de energia do motel, o que veio, certamente,

a ocasionar a danificação apontada pela concessionária no medidor de energia elétrica, senão vejamos:

> "que salvo engano ainda no ano de 2006 houve um princípio de incêndio na caixa de energia do motel (…) que a caixa de energia foi substituída pela COELCE, mas essa substituição só ocorreu dez meses depois do comunicado da parte autora (…) que o incêndio na caixa de entrada chegou a atingir o medidor de energia (...)" (Trechos de fl. 143/144, referente ao depoimento de Michelle Ferreira Lima Soares).
>
> "que estava presente no motel ainda em maio de 2005 quando ocorreu o incêndio da caixa de força do motel (…) que segundo recorda a COELCE demorou quase um ano para fazer essa substituição; que nesse período o motel ficou funcionando (...)" (Trechos de fls. 145/146, referente ao depoimento de João Iran Soares).

Atrelado a isso, merece ser destacado, com base no depoimento do eletricista da COELCE, à fl. 131, que, embora seja funcionário da empresa há mais de 21 (vinte e um) anos, todo o controle de ocorrência é feito em Fortaleza. Assim, **como bem explanou o juiz *a quo*, não houve por parte da concessionária qualquer diligência, antes de presumir a adulteração, no sentido de averiguar se o curto circuito ocorrido seria o causador do dano no medidor**.

Por fim, a relação existente entre a concessionária e o empresário é regulamentada, igualmente, pelo Código de Defesa do Consumidor, o que permite a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII.

Logo, competia à concessionária a prova da adulteração, o que, indubitavelmente, não ocorreu, porque sequer houve perquirição penal para a possível constatação do delito contido no art. 155, § 3º, Código Penal.

Para arrematar, a responsabilidade, na situação apresentada, é objetiva, porque qualquer defeito encontrado na medição, desde que não tenha ocorrido por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, pertence à concessionária senão vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE INCÊNDIO CAUSADO POR DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO RECLAMO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, ANTE A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INSURGÊNCIA DA COMPANHIA ENERGÉTICA. **1. Responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados aos consumidores por defeito na prestação de serviço de energia elétrica**. Acórdão estadual pugnando que a concessionária de serviço público não se desincumbiu

> do ônus de comprovar a ausência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Incidência da Súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 318.307/PE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 05/03/2014)

Finalmente, ressalto que não houve manifestação ministerial no feito, por ausência de interesse público evidenciado a cargo do douto membro do *Parquet*.

À vista do exposto, **conheço a apelação cível interposta, mas para negar-lhe total provimento, ao confirmar em todos os termos a sentença prolatada, a fim de declarar insubsistente a cobrança perpetrada pela concessionária**.

É como voto.

Fortaleza, 4 de abril de 2014.

PROCESSO Nº 661213-16.2000.8.06.0001/1
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: JOSÉ VALDIR DE VASCONCELOS
APELADA: ARAÚJO E FREITAS LTDA.
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. DOCUMENTO HÁBIL À INSTRUÇÃO DO PEDIDO (SÚMULA 299/STJ). COMPROVAÇÃO DA *CAUSA DEBENDI*. DESNECESSIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. JULGAMENTO COM BASE NO INSTITUTO DA CAUSA MADURA (ART. 515, § 3º DO CPC). DEVEDOR NÃO SE DESINCUMBIU DE DEMONSTRAR A INEXISTÊNCIA, A NULIDADE OU O PAGAMENTO DO DÉBITO REVERTIDO EM SEU FAVOR, AO MENOS PARCIALMENTE. RECONHECIMENTO DO CRÉDITO DISCRIMINADO EM FAVOR DO APELANTE. MANDADO DE PAGAMENTO INICIAL CONVERTIDO EM MANDADO EXECUTIVO. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

1. O portador do cheque poderá optar pela ação monitória, caso em que não haverá necessidade de descrição da *causa debendi*. Nesse sentido, foi a tese firmada no REsp nº 1.094.571/SP, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), a qual a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça assentou que: *"Em ação monitória fundada em cheque prescrito, ajuizada em face do emitente, é dispensável menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula."*

2. Por outro lado, nada impede que o acionado oponha embargos à monitória, discutindo o negócio jurídico subjacente, pois o cheque, em decorrência do lapso temporal, não mais ostenta os caracteres cambiários inerentes ao título de crédito. Assim, conforme a jurisprudência do STJ ao réu incumbe a

prova da inexistência do débito ou de seu adimplemento, total ou parcial, quando, somente então, estará desobrigado.
3. Acontece que a sociedade demandada não se desincumbiu de comprovar nulidade ou inexistência do débito, nem tampouco ausência de vantagem pecuniária advinda do negócio travado por seu representante legal. Realmente, com base na análise dos elementos fático probatórios trazidos aos autos, a apelada deixou de comprovar, na contabilidade da empresa, que não obteve vantagem decorrente do negócio feito entre José Valdeci de Freitas (sócio) e o apelante.
4. Frente a tais considerações, é que merece afastada a tese da ilegitimidade passiva, albergada na sentença, para converter o mandado de pagamento inicial em mandado executivo, o qual deverá ostentar o crédito do apelante no valor de R$ 105.000,00 (cento e cinco mil reais), quantia esta que deverá ser paga pela apelada, acrescida de juros de mora de 1% a.m., a partir da citação, e correção monetária, pelo IGPM, a partir da data de emissão do cheque.
5. Honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.
6. Recurso de Apelação conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do Recursos de Apelação para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 10 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por JOSÉ VALDIR DE VASCONCELOS contra sentença proferida pelo juízo da 11ª Vara Cível da comarca de Fortaleza, que, nos autos da Ação Monitória (Processo nº 661213-16.2000.8.06.0001/1),

deduzida contra ARAÚJO E FREITAS LTDA., representada por José Valdeci de Freitas e sua esposa, Maria de Lourdes Araújo Freitas, extinguiu o processo, sem resolução do mérito, em razão da ilegitimidade passiva.

O magistrado de piso entendeu que os fundamentos de fato e de direito aduzidos na peça inicial indicam a ilegitimidade passiva da pessoa jurídica acionada, conquanto o valor pecuniário perseguido, instrumentalizado por título de crédito (cheque) emitido pela sociedade empresária apelada, fora supostamente emprestado a José Valdeci de Freitas e não à pessoa jurídica.

Ademais, consignou o julgador ser inaplicável, no caso, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, albergada pelo Código Civil, mormente porque não requerida pelo autor (fls. 357/371).

Inconformado, o apelante, em suas razões recursais, insiste na veracidade de suas alegações, reafirmando os vários empréstimos feitos em prol do representante legal da apelada, José Valdeci de Freitas. Afirma, todavia, a plena possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária demandada, na medida em que o seu representante legal a usou para escudar-se de responsabilidade, comportamento rechaçado pela legislação e pela jurisprudência incidentes na espécie.

Nesse passo, requer a reforma integral da decisão recorrida, para que seja julgado procedente o pedido inicial (fls. 375/384).

Em sede de contrarrazões, a apelada corrobora a tese da ilegitimidade passiva consignada na sentença, requerendo o improvimento do apelo (fls. 391/400).

É o relatório.

Incluídos em pauta para julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso em apreço, passo à análise do mérito.

No Brasil, adotou-se o procedimento monitório documental, que, ao contrário do puro, necessita de prova documental a demonstrar o fato constitutivo do direito do autor.

Nesse diapasão, a Lei nº 9.079/95 introduziu no Código de Processo Civil (arts. 1.102-A, 1.102-B e 1.102-C) o procedimento monitório, de possível utilização por aquele portador de prova escrita que pretenda soma em dinheiro, coisa fungível ou determinado bem móvel propiciando a célere formação do título executivo, com base em documento que permita exsurgir um juízo de probabilidade acerca do alegado crédito do autor.

No caso, o apelante aparelhou a ação com documento escrito e idôneo (cópia autenticada de cheque), a revelar verdadeiro juízo de probabilidade acerca do direito afirmado na exordial, ensejando, *in limine*, no juízo de origem, a expedição do mandado monitório, a que alude o art. 1.102-A do Código de Processo Civil (fls. 11; 15; 23; 25).

Acontece que após a defesa do apelado e a instrução do feito, o juiz sentenciante entendeu por bem julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, afirmando a ilegitimidade passiva da apelada, a sociedade empresária Araújo e Freitas Ltda, emitente do cheque em comento.

Consignou o magistrado que a *causa debendi* do crédito visado pelo apelante fora travada entre este e José Valdeci de Freitas (representante legal da apelada), portanto, incabível a pretensão do autor, na medida em que investe contra pessoa jurídica alheia ao negócio entabulado.

Frente a esse entendimento, é imperiosa a análise específica acerca da prova escrita apresentada pelo autor da ação monitória, consubstanciada em cártula de cheque prescrito.

Nesse passo, é bem verdade que a súmula 299 do STJ assenta que: *"É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito"*.

O cheque, ordem de pagamento à vista, tem por função extinguir a obrigação causal que ensejou sua emissão, sendo, em regra, *pro solvendo*, de modo que, salvo pactuação em contrário, só extingue a dívida, isto é, a obrigação que o título visa satisfazer consubstanciada em pagamento de importância em dinheiro, com o seu efetivo pagamento.

Se ocorreu, todavia, a prescrição para execução do cheque (art. 59 da Lei nº 7.357/85), o art. 61 da Lei do Cheque prevê a possibilidade de ajuizamento de ação de locupletamento ilícito no prazo de 02 (dois) anos, que, por ostentar natureza cambial, prescinde da descrição do negócio jurídico subjacente. Expirado o prazo de ajuizamento da ação por enriquecimento sem causa, o art. 62 do mesmo diploma legal ressalva a possibilidade de ajuizamento de ação de cobrança fundada na relação causal.

Ademais, o portador do cheque poderá optar pela ação monitória, caso da espécie, em que também não haverá necessidade de descrição da *causa debendi*. Nesse sentido, foi a tese firmada no REsp nº 1.094.571/SP, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), a qual a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça assentou que: *"Em ação monitória fundada em cheque prescrito, ajuizada em face do emitente, é dispensável menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula."*

Esta a ementa do citado julgado:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO MONITÓRIA APARELHADA EM CHEQUE PRESCRITO. DISPENSA DA MENÇÃO À ORIGEM DA DÍVIDA.
> 1. Para fins do art. 543-C do CPC: Em ação monitória fundada em cheque prescrito, ajuizada em face do emitente, é dispensável menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula.
> 2. No caso concreto, recurso especial parcialmente provido.
> (REsp 1094571/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 04/02/2013, DJe 14/02/2013)

Destaco mais precedentes daquela Corte Superior:

> AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE CHEQUE PRESCRITO POR AÇÃO MONITÓRIA. PROVA DA *CAUSA DEBENDI*. CONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO.
> 1. Na cobrança de cheque prescrito por ação monitória, o credor não precisa provar a *causa debendi*.
> 2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a defesa de prescrição só pode ser conhecida em recurso especial caso atendido o requisito do prequestionamento.
> 3. Agravo regimental não provido.
> (AgRg nos EDcl no REsp 1158386/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 17/09/2012)

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO MONITÓRIA - CHEQUE PRESCRITO - COMPROVAÇÃO DA CAUSA DEBENDI - DESNECESSIDADE - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - AGRAVO IMPROVIDO.
> (AgRg no REsp 1265979/AL, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 19/10/2011)

> PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. DOCUMENTO HÁBIL. CAUSA DEBENDI. INDICAÇÃO NA INICIAL. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.
> - Na linha da orientação das Turmas da Segunda Seção, o cheque prescrito é prova suficiente a ensejar o ajuizamento de ação monitória, pouco importando a origem da dívida.
> (REsp 419.477/RS, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 04/06/2002, DJ 02/09/2002, p. 199)

Dessarte, na ação monitória a *causa debendi* afirmada pelo apelante não é determinante para a validação de seu crédito, conquanto dela independe.

Por outro lado, nada impede que o acionado oponha embargos à monitória, discutindo o negócio jurídico subjacente, pois o cheque, em decorrência do lapso temporal, não mais ostenta os caracteres cambiários inerentes ao título de crédito. Por isso que, se presentes fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor, devem ser demonstrados pelo demandado, a quem incumbe o ônus da prova, tendo em vista que os embargos, na ação monitória, representam técnica de inversão do contraditório.

Confira-se, a respeito, a lição de HUMBERTO THEODORO JUNIOR, *in verbis*:

> Enquanto o processo de conhecimento puro consiste em estabelecer, originária e especificamente, o contraditório sobre a pretensão do autor, o procedimento monitório consiste em abreviar o caminho para a execução, deixando ao devedor a iniciativa do eventual contraditório.
>
> [...]
> Seu escopo especial "é de alcançar a formação de um título executivo sem que a ação de condenação seja exercitada nos moldes da cognição em contraditório".
>
> Difere, assim, do procedimento comum de cognição pela "preordenada ausência inicial do contraditório, a qual se tende a favorecer ou preparar a formação da declaração de certeza mediante preclusão", na lição de Calamandrei.
>
> [...]
> No prazo estipulado para o pagamento, o devedor tem a opção entre embargar ou silenciar. Se adota a primeira alternativa, abre-se o contraditório, assumindo o procedimento a forma completa de cognição; caso contrário, por deliberação de plano do juiz. a ordem de pagamento se transforma em mandado executivo, com força de sentença condenatória trânsita em julgado.
> (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, ps. 329-332)

Nessa vertente é a iterativa jurisprudência do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PROPÓSITO NITIDAMENTE INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE SEM

> EFICÁCIA EXECUTIVA. DOCUMENTO HÁBIL À INSTRUÇÃO DO PEDIDO. SÚMULA 299/STJ. IMPUGNAÇÃO. INICIAL. DESCRIÇÃO DE CAUSA DEBENDI. DESNECESSIDADE.
> 1. Súmula n. 299/STJ: "É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito".
> 2. Segundo o entendimento desta Superior Corte, o autor da ação monitória não está obrigado a indicar na petição inicial a origem da dívida expressa no título de crédito sem eficácia executiva. Nesse caso, o ônus da prova incumbe ao réu. Precedentes.
> 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.
> (EDcl no AgRg no REsp 707.116/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 25/10/2012)
>
> AGRAVO REGIMENTAL. ÔNUS DA PROVA. DEVEDOR. AÇÃO MONITÓRIA FUNDADA EM TÍTULO PRESCRITO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> Nos Embargos ajuizados em Ação Monitória, o ônus para desconstituir a prova apresentada pelo autor do pedido é do Embargante. Precedentes.
> Agravo Regimental improvido.
> (AgRg no Ag 1361869/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 28/02/2011)

Todavia, não se olvide que se o devedor emitiu cheque, por óbvio que havia uma causa, um negócio por trás de tal emissão, razão pela qual não se mostra razoável a alegação de que não deve pagar o débito simplesmente porque não entabulou o negócio com o autor. Afinal de contas, é inerente à natureza jurídica do cheque, pelo menos em princípio, dissociar-se do negócio jurídico que lhe deu causa. Por isso que a jurisprudência do STJ afirma e reafirma que ao réu, na ação monitória, incumbe a prova da inexistência do débito ou de seu adimplemento, total ou parcial, quando, somente então, estará desobrigado.

Vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. DEMONSTRAÇÃO DA CAUSA DEBENDI. DESNECESSIDADE. POSSIBILIDADE, CONFERIDA AO RÉU, DE DEMONSTRAR A INEXISTÊNCIA DA DÍVIDA. SÚMULA 7 DO STJ. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO ATACADOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA NÃO DEMONSTRADA.
> 1. A teor da jurisprudência do STJ, na ação monitória fundada em cheque prescrito, é desnecessária a demonstração da causa de sua emissão, cabendo ao réu o ônus da prova da inexistência do débito.
> 2. Pela análise dos elementos fático probatórios coligidos nos autos, o eg. Tribunal de origem entendeu que o réu se desincumbiu de seu ônus de

provar a inexistência do débito. Alterar tal conclusão é inviável, a teor do disposto na Súmula 7 do STJ.
3. A agravante não atacou os fundamentos utilizados pelo Tribunal a quo para considerar a possibilidade de perquirir a origem dos cheques. Aplicação da Súmula 283 do Pretório Excelso: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles".
4. Para a configuração do dissídio jurisprudencial, faz-se necessária a similitude fática entre o aresto recorrido e o paradigma, nos termos do parágrafo único do art. 541 do CPC e dos parágrafos do art. 255 do RISTJ.
5. Agravo regimental não provido.
(AgRg no Ag 1143036/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 31/05/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. DOCUMENTO HÁBIL À INSTRUÇÃO DO PEDIDO. IMPUGNAÇÃO. ÔNUS DA PROVA CONTRÁRIA QUE CABE AO RÉU. REVISÃO FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.
I. A jurisprudência do STJ é assente em admitir como prova hábil à comprovação do crédito vindicado em ação monitória cheque emitido pelo réu cuja prescrição tornou-se impeditiva da sua cobrança pela via executiva.
II. Apresentado pelo autor o cheque, o ônus da prova da inexistência do débito cabe ao réu.
III. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 07 do STJ).
IV. Recurso especial conhecido pela divergência e desprovido.
(REsp 285223/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2001, DJ 05/11/2001, p. 116)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. INSTRUÇÃO. POSSIBILIDADE. ÔNUS DA PROVA. EMITENTE.
1 - Esta Corte tem entendimento assente no sentido de que na ação monitória, instruída com cheque prescrito, é desnecessária a demonstração da causa de sua emissão, cabendo ao réu (emitente) o ônus da prova da inexistência do débito**.**
2 - Recurso especial conhecido e provido.
(REsp 537.038/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2005, DJ 22/08/2005, p. 281)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. IMPUGNAÇÃO. ÔNUS DA PROVA.
- Na ação monitória fundada em cheque prescrito, é suficiente a juntada do título, sendo do réu o ônus da prova da inexistência do débito. Agravo regimental improvido**.**
(AgRg no Ag 564.892/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2005, DJ 03/10/2005, p. 262)

AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. EMBARGOS AO

> MANDADO MONITÓRIO. ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA E DE INÉPCIA DA INICIAL. IMPROCEDÊNCIA DAS PRELIMINARES.
> - Para o exercício da ação monitória, cabe ao autor instruí-la com a prova escrita da dívida sem eficácia de título executivo (art. 1.102a do CPC). Apresentado pelo credor o cheque, o ônus da prova da inexistência do débito incumbe ao réu (REsp nº 285.223-MG). Réu embargante que, no caso, não nega a emissão das cártulas, assim como a própria existência da dívida.
> Recurso especial não conhecido
> (REsp 440.653/PR, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/2002, DJ 17/03/2003, p. 237)

In casu, a apelada, com o intento de escudar-se da obrigação, limita-se a alegar, unicamente, sua ilegitimidade passiva em razão do negócio jurídico – gerador da emissão do título de crédito – não ter sido entabulado por ela, mas pela pessoa de José Valdeci de Freitas, fato que, por si só, não tem o condão de livrá-la da obrigação instituída pela emissão do título telado.

Com efeito, a sociedade demandada não se desincumbiu de comprovar nulidade ou inexistência do débito, nem tampouco ausência de vantagem pecuniária advinda do negócio travado por seu representante legal, José Valdeci de Freitas. Percebe-se que este último é, segundo afirma o apelante, sócio da pessoa jurídica acionada, constituindo-se em ponto incontroverso nos autos.

Realmente, com base na análise dos elementos fático probatórios trazidos aos autos, a apelada deixou de comprovar, na contabilidade da empresa, que não obteve vantagem decorrente do negócio feito entre José Valdeci de Freitas (sócio) e o apelante. Pelo contrário, verifico a existência de documento que demonstra o depósito, na conta da apelada, de uma das quantias relatadas pelo apelante (R$ 55.000,00), a indiciar, mais ainda, a verossimilhança das alegações autorais (fl. 48).

Assim, a defesa do réu se faz com a prova do seu direito, isto é, que já pagou a dívida, ou que ela inexiste, fato inocorrente na espécie.

Frente a tais considerações, é que merece afastada a tese da ilegitimidade passiva, albergada pelo magistrado *a quo,* e apreciado o mérito da causa, nos termos da fundamentação acima, com espeque no art. 515, § 3º do Código de Processo Civil, que autoriza a ampliação do efeito devolutivo da apelação contra a sentença terminativa (instituto da causa madura).

Diante do exposto, com base no art. 1.102-C, § 3º do Código de Processo Civil, **CONHEÇO** do recurso de apelação, **DANDO-LHE PROVIMENTO** para converter o mandado de pagamento inicial em mandado executivo, o qual deverá

ostentar o crédito do apelante no valor de R$ 105.000,00 (cento e cinco mil reais), quantia esta que deverá ser paga pela apelada, acrescida de juros de mora de 1% a.m., a partir da citação, e correção monetária, pelo IGPM, a partir da data de emissão do cheque.

Custas e honorários advocatícios a cargo da apelada, sendo estes últimos arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto.

Fortaleza, 10 de fevereiro de 2014.

PROCESSO: 0011427-71.2008.8.06.0001 – APELAÇÃO
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: CRISTIANO DE MORAIS PEREIRA
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA QUE AFASTOU A NECESSIDADE DE REEXAME NECESSÁRIO. SENTENÇA ILÍQUIDA. REEXAME NECESSÁRIO OBRIGATÓRIO. PRECEDENTES. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO CEARÁ. CANDIDATO QUE RESPONDE A PROCESSO CRIMINAL. DENUNCIADO PELO CRIME DE PECULATO. RECENTE PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. MITIGAÇÃO. SEARA ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REEXAMINADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará/TJCE, em conheçer do Recurso de Apelação interposto pelo Estado do Ceará e dar-lhe provimento nos termos do voto da Desembargadora Relatora. Sentença reexaminada.

Fortaleza, 9 de abril de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se, na origem, de procedimento cível comum, sob o rito ordinário, proposto pelo Sr. Cristiano de Morais Pereira, em face do Estado do Ceará, ora Apelante,

em que se requereu a anulação do ato administrativo responsável por lhe excluir de concurso público destinado a prover cargos públicos de Delegado da Polícia Civil do Estado do Ceará de 1ª Classe.

Narrou o Autor/Apelado (ocupante, atualmente, nos termos do doc. de pág. 174, do cargo de Escrivão da Polícia Militar do Estado do Ceará), que o referido ato foi tomado com fundamento em regra editalícia – item 192, alíneas, "b" e "c" do Edital nº 014/2006, publicado no Diário Oficial do Estado/DOE do dia 08 de março de 2006 [*vide* doc. págs. 202/223], redigida com espeque no art. 13, inc. IV, alínea "c", c/c art. 14, inc. III, ambos da Lei Estadual nº 12.124/93 – que estabelecia como condição para participar da quinta e última fase do referido certame, Curso de Formação e Treinamento Profissional, que o candidato que houvesse ultrapassado as 4 (quatro) fases anteriores providenciasse, além de outros documentos, "*certidões negativas de existência de ação penal, em andamento ou com trânsito em julgado, expedidas pelo Fórum e Tribunal de Justiça do Estado, pela Justiça Federal e pela a Justiça Eleitoral do Ceará ou da Unidade da Federação em que tenha residido nos 2 (dois) últimos anos*", além de "*declaração ou certidão de Órgãos ou entidades Públicas em que o candidato exerça ou tenha exercido cargo público, atestando que o mesmo não se encontra respondendo a procedimento administrativo-disciplinar, nem teve contra si aplicada pena de demissão, salvo em caso de abandono de cargo*".

Na sequência, aduziu que, após apresentar a documentação exigida para se matricular no Curso de Formação e Treinamento Profissional, foi banido do certame por haver a banca examinadora do certame constatado que tramitava "*em [seu] desfavor um Processo Administrativo Disciplinar na Procuradoria Geral do Estado (PROPAD) e ainda uma Ação Penal na Comarca de Crato pela prática de conduta descrita no art. 312 do CP*" [*vide* pág. 159] – Crime de Peculato, descrito nos seguintes termos: "*apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio*".

Informou o Autor/Apelado que, em face do mesmo fato descrito no procedimento criminal foi intentado pela Administração um outro, de natureza administrativa, oportunidade em que restou absolvido por compreender a comissão processante "*não existirem provas do ilícito*" [*vide* doc. pág. 253].

Aduziu, na sequência, no que concerne ao procedimento penal, que a simples ocorrência desse - sem a existência de uma decisão judicial condenatória transitada em julgado - não teria o condão de obstar sua matrícula no multicitado Curso de Formação e Treinamento Profissional, e, por via reflexa, de eliminá-lo do certame

em questão, sob pena de, em isso ocorrendo, macular-se o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.

A respeito do procedimento penal aludido no parágrafo acima, interessante notar que, conforme pesquisa empregada nos diversos sistemas de gestão e controle de acervo processual adotados pelo Poder Judiciário do Estado do Ceará, esse foi autuado em setembro do ano de 2003 com o nº 1584-42.2003.8.06.0071/0 (nº SPROC: 2003.0010.4195-4/0) e encontra-se distribuído ao juízo da 2ª Vara da Comarca do Crato, ainda aguardando uma sentença.

Em vista desse cenário, argumentou o Sr. Cristiano de Morais Pereira, em linhas gerais, que a sua eliminação do certame nos termos em que ocorreu desafiaria o princípio constitucional da presunção de inocência/não culpabilidade, uma vez que, até o momento, ainda não há contra si uma sentença penal transitada em julgado.

Às págs. 330/339, o Estado do Ceará apresentou contestação em que requereu a improcedência do pedido ao argumento central de que a simples "*existência do processo criminal serve como substrato para comprovar a ausência de bons antecedentes do autor, dando ensejo a sua eliminação do certame*" [*vide* pág. 334], ainda a a esse respeito, reproduz-se:

> Se é certo que a presença de certidões nem sempre atesta, em realidade, a boa conduta do candidato, mais certo ainda é o fato de que, pendendo processo criminal, tal candidato deve ser eliminado do certame, reforçado, como se disse, em função do cargo que almeja ocupar [*vide* pág. 334].

Réplica apresentada às págs. 342/363.

Sentença recorrida lançada às págs. 371/375, em que se deu procedência ao pedido autoral para se afastar as regras previstas no item 192, alíneas "b" e "c", do edital do certame, e, em razão disso, determinar-se o prosseguimento do Autor/Apelado nas demais fases/etapas do concurso em evidência. Na mesma ocasião, decidiu-se que a sentença não se sujeitava à sistemática do "reexame necessário", previsto no art. 475 do Código de Processo Civil/CPC.

Inconformado com o teor do julgamento acima mencionado o Estado do Ceará interpôs às pags. 378/401 o presente Recurso de Apelação em que sustenta:

1) Preliminarmente, a necessidade de o julgado sujeitar-se ao disposto no art. 475 do CPC, por se tratar de sentença proferida contra o Estado e não se coadunar com a exceção prevista no § 2º do citado artigo;

2) Quanto ao mérito, argumentou:

2.1) A legalidade da investigação social efetivada pela banca do certame

com base em critérios previamente descritos no instrumento editalício, assim como sua necessidade em razão da natureza das atividades desempenhadas pelos titulares do cargo de Delegado da Polícia Civil do Estado do Ceará [*vide* págs. 383/391].

2.2) A impossibilidade de aplicar-se ao caso em destaque o princípio da presunção de inocência [*vide* pág. 391/392].

2.3) A impossibilidade de o Poder Judiciário rever o mérito do ato administrativo responsável por excluir o Autor/Apelado do certame. [*vide* pág. 393/395].

2.4) A necessidade de os candidatos aderirem/vincularem-se às regras do edital do certame [*vide* doc. pág. 395/396].

2.5) E, por fim, violação aos Princípios da Isonomia e da Impessoalidade [*vide* págs. 398/400].

Contrarrazões às págs. 405/433.

Parecer expedido pela Procuradoria Geral de Justiça/PGJ, opinando pelo conhecimento e manutenção da sentença recorrida.

Autos retornaram conclusos ao meu gabinete em 06 de fevereiro de 2014.

É o relatório. À douta revisão.

VOTO

Inicialmente, gostaria de assentar que, diferentemente do argumentado pelo Juízo *a quo,* a sentença recorrida não se encontra excepcionada da obrigatoriedade de submeter-se ao procedimento previsto no art. 475, *caput* e inciso I, do CPC.

Isso porque, a sentença ilíquida proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público está sujeita à condição de eficácia, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal competente.

A exceção contemplada no § 2º do art. 475 do CPC supõe, primeiro, que a condenação ou o direito controvertido tenham valor certo e, segundo, que o respectivo montante não exceda de 60 salários mínimos, **o que não é o caso.** Senão vejamos:

> Art. 475 do CPC - Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito, senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença que:
> [...]
> § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução da dívida ativa do mesmo valor.

A esse respeito, veja-se o entendimento consolidado pelo e. Superior Tribunal de Justiça/STJ sob o regime do art. 543-C do CPC:

> **EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FAZENDA PÚBLICA. SENTENÇA ILÍQUIDA. REEXAME NECESSÁRIO OBRIGATÓRIO. CORTE ESPECIAL. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO SOB O REGIME DO ART. 543-C, DO CPC.**
> 1. A Corte Especial do STJ pacificou o entendimento de que sentença ilíquida proferida contra a Fazenda Pública, suas autarquias e fundações de direito público está sujeita ao duplo grau de jurisdição. **2.** Embargos de divergência providos.
> [EREsp 1038737/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 09 de junho de 2011].

Em vista desse entendimento, o STJ editou em 2012 o enunciado de nº 490 de sua Súmula, segundo o qual:

> A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

No caso dos autos, a sentença de págs. 371/375 impôs ao Réu/Apelante, o Estado do Ceará, a obrigação de fazer no sentido de anular o ato administrativo compreendido como ilegal e, em razão disso, proceder com a reinserção do Autor/Apelado no certame em questão, sendo, portanto, ilíquida.

Logo, deve a mencionada sentença ser submetida ao reexame necessário, merecendo, dessa forma, já nesse ponto, reforma.

Tomando em consideração o acima declinado, assim tendo em vista, por se encontrar em situação de ser conhecido, os termos da peça recursal aviada pelo Estado do Ceará às págs. 378/401, passarei, na sequência, a analisar a situação posta nos autos.

Conforme relatado, o Autor da demanda inicial ingressou em juízo buscando, de uma só vez, anular o teor do ato administrativo que, com supedâneo na regulamentação instituída no item 192, alíneas "b" e "c" do Edital nº 014/2006, o obstou de participar da quinta e última fase de concurso público destinado a prover cargos públicos de Delegado da Polícia Civil do Estado do Ceará de 1ª Classe.

Infere-se, ainda, do exame acurado dos presentes autos, que o Autor participou de concurso público para provimento do cargo público em destaque, tendo sido eliminado do certame na fase da investigação social, prevista no edital, sob a alegação

de que responde a uma Ação Penal; autuada com o nº 1584-42.2003.8.06.0071/0 (nº SPROC: 2003.0010.4195-4/0) e encontra-se distribuída ao juízo da 2ª Vara da Comarca do Crato; havendo sido denunciado pela prática da conduta penalmente relevante tipificada no art. 312 do Código Penal Brasileiro/CPB – Crime de Peculato.

Com efeito, observa-se do exame dos autos que o Autor ao promover a sua inscrição no concurso entelado, aceitou os termos do edital, sendo certo que este delimita os pressupostos e exames, de modo a proporcionar a escolha daqueles candidatos que realmente estão aptos a preencher os cargos públicos, como é de saber comezinho.

Insta ser enfatizado, por oportuno que, de acordo com o dito edital, em seu item 194, além das etapas ordinariamente previstas, o candidato também seria submetido à "Investigação Social e Funcional", através do qual seria procedida a verificação da atuação social daquele, de modo a evitar que pessoas com condutas desabonadoras venham a prover cargo público, como sói ocorrer *in casu*.

Desse modo, a autoridade administrativa, ao tomar tal providência ficou ciente de que o Autor figura dentre os denunciados pela prática de conduta delituosa de considerável gravidade.

Faz-se oportuno salientar a importância do exame social para a seleção dos futuros ocupantes da função de policial, sendo inquestionável que o exame impugnado se apresenta imprescindível, por tratar de pessoas que terão a nobre e difícil responsabilidade de zelar pela segurança da população.

Verifica-se que o Autor não pode oferecer um passado de vida exemplar, porquanto se envolveu ou se viu envolvido em situação que distoa, em muito, do regramento social desejável.

Não há que se falar em violação ao princípio da presunção de não culpabilidade, uma vez que apenas foi constatado que o comportamento do Autor não condiz com os quadros que se pretende formar. Nesse mesmo sentido, reproduz-se, na sequência, trecho do voto recentemente proferido pela Exma. Desembargadora Maria Iraneide Moura Silva, e acompanhado pela unanimidade dos membros e. Órgão Especial do TJCE, nos autos do Mandado de Segurança Originário de nº 00000087-60.2013.8.06.0000, veja-se:

> Destarte, a meu viso, no caso vertente, perfazendo uma ponderação dos princípio postos em aparente colisão/antinomia, bem assim fulcrado nos princípios da unidade e da harmonização (concordância prática) da Constituição Federal, da razoabilidade e proporcionalidade, não há como prevalecer a tese do impetrante, devendo preponderar o interesse maior da Administração Pública e, via de consequência, da sociedade, eis que o processo seletivo destinado à ocupação do cargo de agente penitenciário

> exige que seu titular tenha conduta irreparável e irrepreensível, compatível com as atribuições que desempenhará.
> [...]
> Cumpre ainda destacar que a remansosa jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores sinalizam no sentido de que a investigação social, em concurso público, não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais porventura praticadas, mas serve, outrossim, para avaliar a sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, objetivando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira policial e de outras do serviço público não menos relevante (Precedentes: AgRg no RMS 34.719/MS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T, DJE 23.11.2011; RMS 20.465/RO, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T, DJE 13.12.2010; e RMS 32.330/BA, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T, DJE 01.12.2010).
> Assim, o princípio da não culpabilidade, cuja aplicação mais densa se dá no âmbito criminal, deve ser utilizado com temperamentos na seara administrativa em casos desse jaez, pois consoante explicitado pelo Eminente Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes em ação mandamental idêntica, quando fora denegada liminar: (...) *em se tratando de procedimento de investigação social, a finalidade bem diversa daquela perseguida nos processos crimes, quando se verifica o cabimento ou não de um benefício legal. Aqui, o que a Administração persegue é a reputação irretorquível, a conduta ilibada, a vida pregressa irrepreensível dos seus futuros agentes. Razoável exigir mais do que normalmente se cobra de um cidadão comum. Sobre esses agentes pesará o mister de prover a segurança pública, preservar a tranquilidade e a ordem.*
> (MS 0000059-92.2013. 8.06.0000).

A aludida decisão restou ementada nos seguintes termos:

> **EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. ELIMINAÇÃO. FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. INOCORRÊNCIA. MITIGAÇÃO. SEARA ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. SEGURANÇA DENEGADA. LIMINAR CASSADA.**
> **1.** [...]; **2.** [...]; **3.** No mérito, o impetrante foi eliminado do processo seletivo destinado ao ingresso no cargo de Agente Penitenciário, especificamente na fase de investigação social, sob a fundamentação da prática dos crimes de estelionato e receptação, alegando que aludida decisão viola o princípio da não culpabilidade; **4.** Com efeito, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, consoante orientação da nossa Corte Suprema, tem aplicação principal, mais rigorosa e densa, na esfera penal, podendo ser admitida sua mitigação, desde que observado critérios de razoabilidade e proporcionalidade, na esfera administrativa; **5.** Sabe-se, também, que a remansosa jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores sinalizam no

> sentido de que a investigação social, em concurso público, não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais porventura praticadas, mas serve, outrossim, para avaliar a sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, objetivando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira policial e de outras do serviço público não menos relevante; **6.** *In casu*, a fase a qual fora o impetrante eliminado, buscou investigar o comportamento e a idoneidade moral de um futuro agente penitenciário, curador de parte da segurança pública, que lidará com as corriqueiras mazelas da sociedade assolada pelo crime, especialmente daqueles que já se encontram em cumprimento de pena, sendo razoável e proporcional exigir, de tais agentes, total intolerância às práticas delitivas, o que não restou demonstrado quando da investigação social, pois o impetrante responde pelos crimes de estelionato e receptação, tendo sido preso em flagrante delito quando recebia 600 (seiscentas) folhas de cheques furtados relativas a 30 (trinta) talonários do Banco do Brasil em nome de clientes dos Estados de Goiás e Bahia, pertencentes a clientes especiais, a maioria funcionários públicos federais, remetidos para seu endereço residencial e constando seu nome como destinatário; **7.** Desta feita, consentir que candidato ao cargo público de agente penitenciário com essas evidencias e indícios criminais seja aprovado na fase de investigação social se afigura, a meu viso, temerário, uma vez que, estar-se-ia fomentando e autorizando que as instituições do Estado fossem tomadas de assalto por quem não está comprometido em preservá-las; **8. Segurança denegada, liminar cassada.**

Isso posto, conheço do Recurso de Apelação deduzido às págs. 378/401 pelo Estado do Ceará, provendo-o, nos termos das considerações acima declinadas, ou seja, reformando a sentença *a quo* para o fim de julgar totalmente improcedente a pretensão originária, nos termos do art. 269, inc. I do Código de Processo Civil/CPC.

Ademais, em vista da conclusão acima explicitada, com espeque no art. 20, *caput e* § 4º, do CPC, condeno o Apelado ao pagamento das custas processuais pertinentes e honorários sucumbenciais, os quais fixo em R$ 4.000,00 (quatro mil reais), ressaltando, aqui, a suspensão da exigibilidade destas obrigações pelo prazo de 5 (cinco) anos, em face da gratuidade judicial [art. 12 da lei 1.060/50] que lhe foi conferida pela decisão encartada às pág. 175/178. Sentença reexaminada.

É como voto, Sr. Presidente.

Fortaleza, 9 de abril de 2014.

APELAÇÃO CÍVEL
PROCESSO Nº: 0114736-74.2009.8.06.0001
APELANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
APELADO: INSTITUTO DR. ROCHA LIMA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA À INFÂNCIA
RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA À INSTITUIÇÃO DE ASSISTENCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS. POSSIBILIDADE. INTELIGENCIA DO ART. 150, VI, C, DA CF/88 REGULADO PELO ART. 14 DO CTN. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO RELATIVO À COBRANÇA DO IPTU DOS IMÓVEIS INTEGRADOS AO PATRIMÔNIO DA ENTIDADE, INCLUSIVE EM RELAÇÃO AOS QUE SE ENCONTRAM LOCADOS A TERCEIROS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 724 DO C. STF. PRECEDENTES TJ/CE. SENTENÇA MANTIDA.

1. O cerne da querela gira em torno de se verificar se o autor, instituição filantrópica de assistência social, ora apelado, preenche os requisitos legais necessários para que seja reconhecida sua condição de imunidade tributária, a fim de impedir a cobrança, pelo Município de Fortaleza, do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) em relação aos imóveis de sua propriedade, inclusive, àqueles que se encontram locados para terceiros.

2. Da leitura do Estatuto Social do Instituto Dr. Rocha Lima de Proteção e Assistência à Infância (fls. 26/35), devidamente registrado no Cartório do 1º Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas de Fortaleza, infere-se que não há previsão de percebimento de remuneração, vantagens ou benefícios, ainda que de forma indireta, pelos sócios ou administradores, o que implica no atendimento do primeiro requisito disposto no art. 14, I, do CTN

3. No que diz respeito à segunda condição imposta pela lei de regência, qual seja, a exigência de serem aplicados, integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais, vislumbra-se que, além de o instituto estar regularmente inscrito no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, vinculado à Receita Federal do Brasil, exercendo atividade de organização religiosa com endereço situado à Rua Eritides Martins, 977, no Bairro Ellery, em Fortaleza/CE, não se evidencia, do cotejo dos balancetes contábeis apresentados, qualquer remessa de quantia ao exterior.

4. Em relação à terceira exigência do art. 14 do CTN, verifica-se que a apelada mantém escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão, consoante balanço patrimonial (fl. 32), demonstração do resultado do exercício (fl. 33) e balancete contábil (fls. 34/36), todos elaborados por contadora devidamente registrada e aprovados pelo Conselho Fiscal da Instituição.

5. Por fim, o fato de parte dos imóveis em questão se encontrarem locados a terceiros também não constitui impedimento ao reconhecimento da imunidade pleiteada, porquanto a receita proveniente de tais aluguéis está integralmente aplicada nos objetivos essenciais da instituição, conforme documentação acostada aos autos. Inteligência do enunciado n. 724 da súmula da jurisprudência dominante do C. STF. Precedentes TJ/CE.

Apelação conhecida e desprovida. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por Unanimidade, em conhecer da Apelação Cível para negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença vergastada, nos termos do voto do e. Desembargador Relator.

Fortaleza, 05 de fevereiro de 2014

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo MUNICÍPIO DE FORTALEZA contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública que julgou procedente a Ação Declaratória de Inexistência de Relação Tributária cumulada com Obrigação de Não Fazer ajuizada pelo INSTITUTO DR. ROCHA LIMA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA À INFÂNCIA em desfavor do ora recorrente.

Em exordial, o autor alegou que é instituição filantrópica que, há 96 (noventa e seis) anos, acolhe crianças carentes, sem nenhum convênio com órgãos governamentais, em regime de internato durante os dias úteis, mantendo o vínculo com a família dos menores nos finais de semana, feriados e férias escolares, proporcionando moradia, educação, alimentação, assistência médica e odontológica. Aduz que são abrigadas 60 (sessenta) crianças e jovens mediante recursos próprios advindos, primordialmente, de aluguéis de imóveis de propriedade da entidade; da doação de pessoas físicas e jurídicas, além dos rendimentos de aplicações financeiras resultantes de desapropriações de parte dos imóveis que originaram a instituição.

Prossegue afirmando ser proprietário de um imóvel situado no bairro Ellery adquirido em 29 de janeiro de 1932, formado de um só corpo de terra, conforme documentação anexada, porém matriculado na Secretaria de Finanças da Prefeitura de Fortaleza sob dois números distintos, desmembrado por discernimento exclusivo da promovida, consoante boletos de IPTU emitidos pela Prefeitura de Fortaleza.

Sustenta ainda que o imóvel é utilizado unicamente para atender aos seus objetivos filantrópicos, servindo inclusive de horta e pomar para reforçar a alimentação das crianças por ele assistidas.

Assevera que é proprietária de outros imóveis alugados que, da mesma forma, inobstante ajudem na manutenção da entidade, são objetos de cobrança de IPTU pelo Município.

Logo, defende que, nos termos do art. 150, inciso VI, "c", da Constituição Federal e súmula 724 do Supremo Tribunal Federal, faz jus à imunidade tributária não só em relação ao imóvel onde funciona parte da sede do instituto, mas também sobre todos os imóveis da entidade.

Documentos colacionados às fls. 13/75.

Devidamente citado, o Município de Fortaleza apresentou contestação (fls. 87/94), asseverando, em síntese, a carência de prova da condição de entidade imune, diante do não preenchimento dos requisitos elencados no Art. 14 do Código

Tributário Nacional. Ademais, defende que a requerente sequer demonstrou ter solicitado administrativamente a imunidade alegada junto à SEFIN. Assim, pugnou pela improcedência da demanda.

Parecer do Ministério Público em primeiro grau (fls. 105/108) pela procedência da ação.

O douto magistrado *a quo* julgou procedente (fls. 113/122) o pedido inicial para reconhecer o direito da requerente à imunidade tributária e determinar que o Município demandado se abstenha de cobrar IPTU sobre os imóveis de propriedade da autora, inclusive os locados, listados na documentação juntada à petição inicial. Por fim, condenou o réu ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em três salários mínimos nos moldes do art. 20, §4º, do CPC.

Irresignado com o decisum, o Município de Fortaleza, ratificando os argumentos expostos na peça contestatória para afirmar que "a requerente não demonstrou atender aos requisitos legais constantes no art. 14 do CTN, não conseguindo comprovar que 'não distribui qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título (inciso I com redação determinada pela Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001); que aplica integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; nem que mantém escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão". Portanto, requer "o provimento da presente Apelação, para que seja anulada a sentença do douto Juiz a quo, com o reconhecimento da regularidade do ato do Município impetrado".

Intimado, o autor deixou transcorrer, *in albis*, o prazo sem oferecimento de contrarrazões recursais, consoante certidão acostada à fl. 136.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 147/149 sem pronunciamento meritório, por entender ausente o interesse público relevante na matéria versada.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Conheço do recurso voluntário diante do preenchimento dos requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

Conforme relatado, o cerne da querela gira em torno de se verificar se o autor, instituição filantrópica de assistência social, ora apelado, preenche os requisitos legais necessários para que seja reconhecida sua condição de imunidade tributária, a

fim de impedir a cobrança, pelo Município de Fortaleza, do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) em relação aos imóveis de sua propriedade, inclusive, àqueles que se encontram locados para terceiros.

Sobre o assunto, cumpre-se aduzir, inicialmente, que a Constituição Federal (CF) de 1988 veda, em seu art. 150, VI, "c", a instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços de instituições, inclusive, de assistência social, sem fins lucrativos, desde que atendidos os requisitos da lei:

> **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:**
> c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive sua fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, **das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;**

Como a matéria versa sobre limitação do Poder de Tributar, a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que, nos moldes do que preconiza o art. 146 da CF/88, os requisitos legais para o reconhecimento de uma entidade como "sem fins lucrativos" devem estar expressos em lei complementar:

> Art. 146. Cabe à lei complementar:
> (...)
> II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Nesse aspecto, o Código Tributário Nacional (CTN), Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, embora tenha sido publicado como lei ordinária, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com o *status* de lei complementar, sendo, portanto, a lei que regula as normas gerais de direito tributário aplicáveis aos entes da federação.

Assim, regulando a questão trazida à discussão neste recurso apelatório, com força de lei complementar, aplica-se o previsto no art. 14 do CTN para se delinear o conteúdo da expressão "sem fins lucrativos" para efeito de imunidade tributária. Vejam-se os requisitos elencados no dispositivo:

> **Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:**
> **I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;**
> **II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;**

> **III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.**

Feito esse introito acerca da legislação aplicável à espécie, torna-se imperioso verificar, no caso concreto, se o autor dessa Ação Declaratória de Inexistência de Relação Tributária c/c Obrigação de Não Fazer, ora apelado, conseguiu comprovar, com a documentação anexada à exordial, o enquadramento em todos os incisos supracitados para que seja reconhecida a impossibilidade de instituição, pelo ente federado, do IPTU sobre os imóveis incorporados ao seu patrimônio.

Da leitura do Estatuto Social do Instituto Dr. Rocha Lima de Proteção e Assistência à Infância (fls. 26/35), devidamente registrado no Cartório do 1º Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas de Fortaleza, infere-se que não há previsão de percebimento de remuneração, vantagens ou benefícios, ainda que de forma indireta, pelos sócios ou administradores, o que implica no atendimento do primeiro requisito disposto no art. 14, I, do CTN, já citado. Por oportuno, traz-se à colação o art. 2º, parágrafo único e o art. 24, ambos do Estatuto suso referido:

> **Art. 2º -** A Associação não tem prazo determinado de duração e sua finalidade precípua é dar assistência e proteção, gratuita e permanente, à infância e à adolescência, visando garantir seus direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, bem como assegurar a convivência familiar e comunitária, sem qualquer discriminação de clientela.
> **Parágrafo único – A Entidade não distribui resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob nenhuma forma ou pretexto e aplica integralmente suas rendas, recursos e eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento dos objetivos institucionais no território nacional.**
>
> **Art. 24 – Não percebem seus Diretores, Conselheiros, Associados, Instituidores, Benfeitores ou equivalentes, por qualquer forma ou título em razão de competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos seus respectivos atos constitutivos.**

No que diz respeito à segunda condição imposta pela lei de regência, qual seja, a exigência de serem aplicados, integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais, vislumbra-se que, além de o instituto estar regularmente inscrito no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, vinculado à Receita Federal do Brasil, exercendo atividade de organização religiosa com endereço situado à Rua Eritides Martins, 977, no Bairro Ellery, em Fortaleza/CE, não se evidencia, do cotejo dos balancetes contábeis apresentados, qualquer remessa de quantia ao exterior.

Em relação à terceira exigência do art. 14 do CTN, verifica-se que a apelada mantém escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão, consoante balanço patrimonial (fl. 32), demonstração do resultado do exercício (fl. 33) e balancete contábil (fls. 34/36), todos elaborados por contadora devidamente registrada e aprovados pelo Conselho Fiscal da Instituição.

Advirta-se, ainda, que a apelada, antes mesmo do ajuizamento desta ação, teve sua condição de entidade de assistência social "sem fins lucrativos" reconhecida pelo Conselho Nacional de Assistência Social, órgão federal competente para tanto, o qual, obviamente, incumbiu-se de aferir o preenchimento de todos os requisitos estipulados na legislação.

Ressalte-se, por oportuno, que há demonstração nos autos que toda essa documentação comprobatória do preenchimento dos requisitos para a obtenção do direito à imunidade tributária, especificamente em relação ao IPTU, foi devidamente entregue à Secretaria de Finanças do Município de Fortaleza, conforme cópia de Processo Administrativo nº 253292, anexado às fls. 42/48.

Sendo assim, refuta-se também a tese exposta na contestação, ratificada no recurso apresentado, de que o o apelado sequer teria submetido à análise, administrativamente, pelo fisco municipal, do questionamento trazido por ocasião do ajuizamento desta ação judicial. Ademais, mesmo que se confirmasse essa premissa de ausência de prévio requerimento administrativo, isso não faria com que se julgasse improcedente o pleito autoral.

Primeiro porque deve-se obediência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Segundo porque o réu demonstrou pretensão resistida, ou seja, se opôs ao requerimento formulado, o que faz com que exsurja a necessidade de intervenção do Estado-Juiz para a solução definitiva do litígio instalado.

Urge salientar ainda que a autora/apelada desincumbiu-se do seu ônus probatório, porquanto apresentou toda a documentação que estava ao seu alcance para demonstrar a existência do seu direito à imunidade tributária. Logo, caberia à municipalidade apresentar causa impeditiva, modificativa ou extintiva, contudo assim não o fez.

Como forma de sedimentar todo o entendimento exposto até aqui no presente voto, colacionam-se os seguintes precedentes do colendo STF:

> EMENTA: Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. **IPTU. Imunidade. Condicionante da vinculação às finalidades essenciais. Presunção. Ônus da prova. Integração do julgado. 1. A vedação à instituição de impostos sobre o patrimônio**

> **e a renda das entidades reconhecidamente de assistência social que estejam vinculados às suas finalidades essenciais é uma garantia constitucional. Por seu turno, existe a presunção de que o imóvel da entidade assistencial esteja afetado a destinação compatível com seus objetivos e finalidades institucionais. 2. O afastamento da imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela administração tributária. 3. Embargos de declaração acolhidos para integrar o julgado, sem efeitos modificativos.**
> (AI 746263 AgR-ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 12/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 13-12-2013 PUBLIC 16-12-2013)
>
> **ICMS. Imunidade tributária. Instituição de educação sem fins lucrativos. CF, art. 150, VI, c. Não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade**. (RE 203.755, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 17-9-1996, Segunda Turma, DJ de 8-11-1996.)

Outro não é o entendimento perfilhado por esta colenda Corte de Justiça Estadual:

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO.IMUNIDADE TRIBUTÁRIA (ART. 150, VI, C, CF) PARA FINS DE COBRANÇA DO IPTU. INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 14, I, II, III E □˜2º DO CTN. PRECEDENTES. NÃO AGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E DESPROVIDOS.
> **1 O instituto embargante, ora apelado não apresenta discrepância com as exigências legais exigidas, de modo que se vislumbra total legitimidade na formulação de seus embargos. Tal conclusão se fez possível, após detida análise das provas acostadas aos autos, que respondem visivelmente aos requisitos constitucionais, legais e infralegais necessários para a concessão da imunidade.**2 É inviável crer que a concessão da imunidade à aludida instituição consubstanciaria agressão ao princípio da livre concorrência, pois sabe-se que as atividades desenvolvidas nos limites de sua finalidade social, mais se aproximam da função pública do Estado, qual seja a de ofertar educação de qualidade aos seus tutelados, do que valer-se da especulação econômica de seus imóveis, para acobertar interesses egoísticos, auferindo de forma ilícita vantagens do poder público. 3 A Manutenção da sentença é medida que se impõe. Reexame necessário e Apelo conhecidos, porém desprovidos.

> (Apelação / Reexame Necessário 18207480200080600011 Relator(a): MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 2ª Câmara Cível Data de registro: 01/11/2012)

Por fim, não há que se falar em impossibilidade de incidência de referida imunidade sobre imóveis locados a terceiros, considerando que o c. STF já pacificou a matéria com a edição da Súmula 724:

> SÚMULA Nº 724: **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.**

Em consonância com referido entendimento:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. MEDIDA LIMINAR. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, INC. VI, ALÍNEA "C" , DA CF/88. INSTITUIÇÃO EDUCACIONAL. OBEDIÊNCIA AOS REQUISITOS DA LEI TRIBUTÁRIA. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO RELATIVO À COBRANÇA DE IPTU DE IMÓVEIS QUE SE ENCONTRAM LOCADOS A TERCEIROS. POSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 724 DA SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Tem-se Agravo Regimental interposto em face de decisão que deu provimento a Agravo de Instrumento, no qual se pleiteava a reforma de decisão do d. juízo de planície que denegara a liminar vindicada pela promovente, instituição educacional, em Ação Cautelar Inominada, com o fito de suspender a exigibilidade do crédito tributário referente aos valores exigidos pelo promovido a título de IPTU sobre bens imóveis que se encontravam locados a terceiros. 2. É possível a suspensão da exigibilidade de crédito tributário por meio da concessão de medida liminar em Ação Cautelar Inominada, tendo em vista o disposto no art. 151, inc. V, do CTN. **3. Para o reconhecimento da imunidade tributária instituída pelo art. 150, inc. VI, alínea "c", da CF, faz-se necessário o cumprimento dos requisitos previstos no art. 14 do CTN, dentre os quais o de que a instituição educacional não possua fins lucrativos. 4. A promovente se insere na qualificação de "instituição de educação sem fins lucrativos", o que pode ser percebido através da leitura do seu Estatuto. Ademais, no balanço patrimonial acostado aos autos não há qualquer referência à distribuição de lucros, de sorte que se pode assumir, a partir de tal documentação, que todo o resultado positivo alcançado pela promovente parece ser aplicado na execução de seus fins essenciais. 5. O fato de os imóveis em questão se encontrarem locados a terceiros**

também não constitui óbice à imunidade pleiteada, desde que a receita proveniente de tais aluguéis seja integralmente aplicada nos seus objetivos essenciais, conforme parece ocorrer na hipótese. Inteligência do enunciado n. 724 da súmula da jurisprudência dominante do C. STF. 6. Por fim, não merece albergue a alegação do agravante de que se faria necessário, para se averiguar a efetiva ausência de fins lucrativos por parte da promovente, a realização de perícia. É que se trata, na espécie, de decisão liminar e, portanto, baseada em cognição sumária, de tal sorte que os elementos acostados aos autos do Agravo de Instrumento se mostram suficientes à constatação da presença do *fumus boni iuris* autorizador da medida vindicada pela promovente. 7. No que tange ao requisito do *periculum in mora*, também é imperioso reconhecê-lo no caso em apreço. Isso porque a continuidade da cobrança do imposto ora discutido importaria em cobrança de valores aparentemente indevidos, cujo inadimplemento acarretaria a inscrição do débito da agravada na dívida ativa municipal, com todos os efeitos nocivos provenientes de tal fato, podendo, assim, comprometer gravemente a consecução dos seus objetivos institucionais. 8. Agravo Regimental conhecido e improvido.
(Agravo Regimental 44628462200080600001 Relator(a): RAUL ARAÚJO FILHO Órgão julgador: 1ª Câmara Cível Data do julgamento: 19/04/2010 Data de registro: 30/04/2010)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OBRIGATÓRIA. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. POSSIBILIDADE. EXTEMPORANEIDADE DOS EMBARGOS AFASTADA POR ERRO PROVOCADO PELO OFICIAL DE JUSTIÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA DO ENTE PÚBLICO. PRECLUSÃO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IPTU. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM EFEITOS MODIFICATIVOS. APELO E REMESSA DESPROVIDOS.
1. Conforme mencionado no acórdão embargado, a empresa executada foi intimada da penhora em 17.04.1997. O fato de o cartório de imóveis não haver inscrito o ônus real por faltar a indicação e a assinatura do fiel depositário em nada interfere na validade do ato anteriormente praticado. Tampouco o Oficial de Justiça e a Diretora de Secretaria, *sponte* sua, poderiam ter desentranhado o mandado anteriormente cumprido para intimar novamente a executada, mediante rasura desse documento e, pior, para reabrir prazo de embargos do devedor. Houve completa exorbitância de poderes dos mencionados servidores, cabendo ao Magistrado de primeira instância instaurar, caso assim entenda, procedimento disciplinar para apurar eventual falta funcional daqueles. Se o cartório oficiou ao juízo acerca da impossibilidade de inscrição da penhora, tal documento, além de influir unicamente na prevenção de terceiros, deveria ter sido levado ao conhecimento do Juiz, pois somente a este incumbiria decidir sobre a providência a ser adotada na hipótese. 2. Nada obstante o ocorrido, assiste razão à executada em alegar ter agido de boa-fé diante da atitude do Meirinho, o qual refez a intimação da penhora em 17.05.1997 e informou o novo prazo para a interposição de embargos à execução. Mesmo tendo sido equivocada, essa nova comunicação processual, realizada à revelia do julgador a quo, levou a parte, dada a fé pública de que dispõe o Oficial

> de Justiça, a entender como reaberto seu prazo e a agir conforme esse entendimento. 3. Aclaratórios acolhidos para declarar tempestivos os embargos do devedor aforados em 23.05.1997, a teor do art. 16 da Lei nº 6.830/1990, cujo prazo conta-se a partir da nova intimação da penhora, esta ocorrida em 17.05.1997. 4. Em exame oficial e em análise dos outros pontos do apelo tem-se inexistir o alegado cerceamento de defesa por não haver o magistrado acolhido petição na qual pugnava o Município pela oportunidade de obter esclarecimentos do perito acerca do laudo, especificamente quanto à condição de entidade sem fins lucrativos arguida pela executada. É que em despacho à fl. 262 dos autos de embargos, o magistrado recusou as pretensões do ente público, uma vez desnecessária para o julgamento do feito a diligência solicitada, sendo que, contra essa decisão, não foi interposto agravo ou qualquer outro meio impugnativo. Preclusão reconhecida. **5. A instituição de ensino faz jus à imunidade prevista no art. 150, inciso VI, c, e ˜4˂, da Constituição Federal (repetido no art. 9º, IV, c, do CTN) ao comprovar atendimento ao disposto no art. 14 do Código Tributário Nacional, garantia essa que engloba o imóvel destinado aos fins institucionais, ainda que parte deste seja ocupado por outras empresas, desde que com inscrição em separado de IPTU, conforme se evidencia na espécie, ou que o produto dessa renda seja revertido aos fins da entidade (Súmula nº 724, STF)**. 6. Embargos providos, com efeitos infringentes, a fim de reformar o decisório colegiado e, em análise dos demais pontos do apelo e do reexame, negar provimento a ambos, mantendo íntegra a sentença de primeira instância.
> (Embargos de Declaração 3243027200480600001 Relator(a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 1ª Câmara Cível Data de registro: 01/09/2010)

No caso sob análise, há demonstração efetiva de que os créditos decorrentes dos alugueis dos imóveis pertencentes ao instituto autor se revertem aos fins da entidade, conforme se apura da leitura do balancete de fl. 36.

Por todo o exposto, amparado nos excertos jurisprudenciais e sumular citados, conheço da Apelação Cível, contudo para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença vergastada em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 05 de fevereiro de 2014.

APELAÇÃO CÍVEL
PROCESSO: 0011940-55.2010.8.06.0070
RELATOR: DES. FRANCISCO JOSÉ MARTINS CÂMARA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRONUNCIAMENTO REALIZADO POR VEREADOR DENTRO DA CIRCUNSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO NO EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO. OFENSAS À HONRA DA SECRETÁRIA DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO. IMUNIDADE MATERIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 29, VIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. A Imunidade Parlamentar em sentido material trata-se de uma prerrogativa garantida constitucionalmente aos parlamentares conforme preconiza o art. 29, VIII e art. 53 da Carta Magna, segundo o qual fica excluída a responsabilidade civil e penal dos membros do poder legislativo pelos danos eventualmente provenientes de suas manifestações no exercício de seu mandato.

2. A referida imunidade alcança todas as manifestações, orais ou escritas, desde que realizadas no desempenho do mandato eletivo, no intuito que o parlamentar possa ostentar a mais ampla liberdade de pensamento, opinião e expressão na defesa do interesse do povo.

3. Especificamente quanto aos Vereadores, tem-se como pressupostos para incidência da Imunidade Parlamentar o exercício do mandato e ainda que as manifestações tenham se dado dentro da circunscrição do Município, conforme se extrai do Art. 29, inciso VIII DA CF/88.

4. No caso em tela, tem-se evidenciado nos autos que o promovido exercia, à época do fato, o cargo eletivo de Vereador do Município de Crateús, tendo proferido as suas declarações

relativas à pessoa da promovente durante a sessão do dia 15 de abril de 2010, na Câmara Municipal de Crateús e posteriormente em programa emitido pela Rádio Poty com base na Cidade de Crateús.
5. Observa-se, ainda, que os fatos relatados foram direcionados à pessoa da promovente enquanto Secretária de Educação do Município de Crateús, conforme se extrai da transcrição da fala do promovido colacionada na própria peça exordial da promovente, portanto, não se evidencia qualquer intenção daquele parlamentar de denegrir a imagem da pessoa da Secretária de Educação do Municipio, mas sim de exercer a atividade fiscalizadora do poder Legislativo Municipal na defesa do interesse público.
6. Assim, impõe-se a exclusão da Responsabilidade Civil do promovido por ofensa a honra da promovente tendo em vista estar o promovido resguardado pela Imunidade Parlamentar.
7. 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 DO APELO PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo incólume a decisão recorrida que julgou improcedente o pedido autoral.

Fortaleza, 13 de agosto de 2013

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por **MARIA AURINEIDE PIRES DE ARAÚJO AGUIAR** em face da sentença proferida pelo Juízo da **2ª Vara da Comarca de Crateús-Ce** que julgou improcedente a Ação de Indenização por Danos Moral interposta por **ANTÔNIO ARNALDO DE SOUZA, conhecido como Arnaldo Mineuvino** entendendo que as manifestações vergastadas encontram-se acobertada pela Imunidade Parlamentar prevista no art. 29, inciso VIII, da Constituição Federal.

Na exordial, alega a parte promovente ter sofrido ofensa à sua moral em razão do pronunciamento do promovido realizado na Câmara Municipal de Crateús, veiculado pela Rádio Super Vale do Rio Poty e no dia seguinte durante o programa "Falando Francamente" exibido pela mesma rádio, acusando a promovente de Crime de Improbidade.

Em contestação, o promovido assevera que as manifestações decorreram da inviolabilidade do seu mandato como Vereador e montam base no sitio eletrônico "Portal da Transparência", portanto, inexistente o dano à moral da autora.

Apelação por parte da autora, requerendo a reforma da Sentença para julgar a ação procedente pelos mesmos fundamentos levantados na exordial.

Contrarrazões por parte da ré, pugnando pelo não provimento da Apelação e a confirmação da Sentença de Primeiro Grau em sua integralidade.

Esse é o relatório.

Ao douto Revisor

VOTO

1- PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

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

A tempestividade do recurso de apelação interposto está presente, uma vez que fora protocolizado no prazo legal, conforme se verifica à fl. 342 dos autos digitais.

Ausência de preparo, tendo em vista os benefícios da Justiça Gratuita, conforme certidão de fl. 363.

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

2- MÉRITO

Em sede meritória, busca a parte apelante a reforma integral do *decisum* primeiro grau para reconhecer a Responsabilidade Civil, alegando que o réu cometeu ato ilícito ao denegrir a imagem da apelante em seus pronunciamentos, tanto na Câmara Municipal como através da principal estação de rádio da cidade.

A parte promovida, por sua vez, sustenta estar resguardado pela "Imunidade Parlamentar" prevista constitucionalmente.

O cerne da questão discutida gira em torno da existência ou não de **ato ilícito** praticado pelo réu bem como no que se refere ao alcance da Imunidade Parlamentar.

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*:

> "Para tanto, importa constatar ausência de questionamento em derredor de alguns dos requisitos supramencionados, não subsistindo dúvida de que o promovido exercia, à época dos fatos narrados na proemial, o cargo eletivo de vereador do Municipio de Crateús e proferiu as declarações ora combatidas durante a sessão do dia 15 de abril de 2010, na Câmara Municipal de Crateús e proferiu as declarações ora combatidas durante a sessão do dia 15 de abril de 2010, na Câmara Municipal de Crateús, bem assim, em programa radialístico exibido no dia seguinte, 16 de abril de 2010, na Rádio Poty, cuja base assenta-se na cidade de Crateús.
> ...
> Verifica-se, nessa senda, que a matéria objeto das manifestações em plenário da Câmara de Edis e na Rádio Poty cinge-se aos contornos da atividade fiscalizadora do Poder Legislativo Municipal, nos moldes da Carta Política de 1988, ainda que contenha afirmação de cometimento de crime, a qual à luz da garantia constitucional multirreferida, equivale à emissão de opinião do parlamentar sobre o assunto de interesse público, mais especificamente em torno da cautela com verificada sangria do erário.
> ...
> Diante do Exposto, afastando as preliminares arguidas na contestação, compreendendo que as manifestações vergastadas encontram-se acobertada pela imunidade parlamentar prevista no art. 29, inciso VIII, da Constituição Federal, julgo IMPROCEDENTE o pedido inaugural."

A reparação por Danos Morais, embora alçada a nível constitucional, tem sua caracterização desenhada no Código Civil e somente aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, conforme preconiza o art 186 do CC, art. 5º da CF/88 :

> 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. 5, inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

No caso em apreço, importa averiguar se as o promovido enquanto Vereador do Município de Coreaú, quando do seu pronunciamento em relação aos atos praticados pela Secretária de Educação de Crateús, encontra-se acobertado pelo instituto da Imunidade Parlamentar prevista constitucionalmente.

A Imunidade Parlamentar em sentido material trata-se de uma prerrogativa garantida constitucionalmente aos parlamentares conforme preconiza o art. 29, VIII e art. 53 da Carta Magna, segundo o qual fica excluída a responsabilidade civil e penal dos membros do poder legislativo pelos danos eventualmente provenientes de suas manifestações no exercício de seu mandato.

> Art. 53 - Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões palavras e votos

A referida imunidade alcança todas as manifestações, orais ou escritas, desde que realizadas no desempenho do mandato eletivo, no intuito que o parlamentar possa ostentar a mais ampla liberdade de pensamento, opinião e expressão na defesa do interesse do povo.

Especificamente quanto aos Vereadores, tem-se como pressupostos para incidência da Imunidade Parlamentar o exercício do mandato e ainda que as manifestações tenham se dado dentro da circunscrição do Município, conforme se extrai do Art. 29, inciso VIII DA CF/88:

> Art. 29 CF/88 – O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovado por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendido os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:
> VIII- inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município.

Importante salientar, ainda, conforme entendimento jurisprudencial das Cortes Superiores, que o Vereador não estará acobertado pela Imunidade Parlamentar quando cometer excessos, ou seja, quando, no desempenho do mandato, se utilizar da prerrogativa constitucional para desvirtuá-la, trazendo a público discussões de ordem pessoal.

No caso em tela, tem-se evidenciado nos autos que o promovido exercia, à época do fato, o cargo eletivo de Vereador do Municipio de Crateús, tendo proferido as

suas declarações relativas à pessoa da promovente durante a sessão do dia 15 de abril de 2010, na Câmara Municipal de Crateús e posteriormente em programa emitido pela Rádio Poty com base na Cidade de Crateús.

Observa-se, ainda, que os fatos relatados foram direcionados à pessoa da promovente enquanto Secretária de Educação do Municipio de Crateús, conforme se extrai da transcrição da fala do promovido colacionada na própria peça exordial da promovente, portanto, não se evidencia qualquer intenção daquele parlamentar de denegrir a imagem da pessoa da Secretária de Educação do Municipio, mas sim de exercer a atividade fiscalizadora do poder Legislativo Municipal na defesa do interesse público.

Ademais, observa-se que as informações foram extraídas de documentos oficiais onde somente a posteriori fora averiguado uma falha na digitação pela própria tesouraria.

Portanto, no caso em apreço, não se verifica excessos ou abuso nas manifestações direcionadas à Secretária de Educação do Município, restando evidente, ainda, que as declarações se deram no exercício da atividade parlamentar respeitada a circunscrição do município, portanto, acobertado pela Imunidade Parlamentar.

Assim, impõe-se a exclusão da Responsabilidade Civil do promovido por ofensa a honra da promovente tendo em vista estar o promovido resguardado pela Imunidade Parlamentar.

Sobre o assunto, merece destaque o entendimento do Mestre Hely Lopes Meirelles, acerca da Imunidade Parlamentar conferida aos Vereadores, vejamos:

> "No desempenho do mandato os vereadores auferem, além das prerrogativas regimentais, duas outras de origem constitucional e legal: a inviolabilidade pelas opiniões, palavras e votos emitidos no exercício do mandato e na circunscrição do Município e a prisão especial enquanto não houver decisão condenatória definitiva" (cf. Direito Municipal Brasileiro, 11ª ed., Malheiros, 2000, p. 521).
>
> "Protege o parlamentar em todas as manifestações que tenham relação com o exercício do mandato, ainda que produzidas fora da casa legislativa. Presente o necessário nexo entre o exercício do mandato e a manifestação do vereador, há que preponderar a inviolabilidade constitucionalmente assegurada" (obra cit, p. 523)."

Sobre o assunto merecem destaques as jurisprudências a seguir colacionadas desta Corte de Justiça e de outros Tribunais Superiores, *in verbis:*

"Ementa: **APELAÇÃO CÍVEL. PREFEITO NO EFETIVO EXECÍCIO DO MANDATO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. VEREADORES. EXERCÍCIO DO CARGO. INVIOLABILIDADE. IMUNIDADE PARLAMENTAR. ART. 29, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCIDÊNCIA. REPARAÇÃO INDEVIDA.** 1. A inviolabilidade ou imunidade material, consagrada no artigo 29, inciso VIII, da Constituição Federal, atribuída ao vereador no efetivo exercício do mandato alcança, também, o campo da responsabilidade civil. 2. Se eram os réus vereadores, tendo, inclusive, feito a nota ao povo de Aratuba e no exercício, portanto, de suas atividades parlamentares, impõe-se o reconhecimento da sua imunidade parlamentar e, por conseguinte, a exclusão de sua responsabilidade civil por ofensa à honra do Prefeito. 3. A sentença censurada se me afigura justa por adequada à realidade probante dos autos. e, como tal, não merece a reforma pretendida. 4. Apelo conhecido, porém improvido**.** (TJ-CE, Apelação Cível nº 263748200180600000, Desembargador Relator: Lincoln Tavares Dantas, Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível, Data de Registro: 30/06/2010)."

"Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSAS PROFERIDAS NOS LIMITES DO MUNICÍPIO POR VEREADOR. IMUNIDADE MATERIAL. ARTIGO 29, VIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. SENTENÇA MANTIDA. 1. A imunidade dos vereadores é material, ou seja, suas opiniões, palavras e votos proferidos no âmbito dos Municípios não configuram crimes de opinião (calúnia, difamação e injúria), desde que guardem nexo com o discutido nas sessões, o que ocorre no caso em análise. 2. Dispõe o artigo 29, VIII da Constituição Federal: "O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município". 3. Compulsando-se os autos, verifica-se que as ofensas foram proferidas na Rádio Comunitária FM - Boa Fama, nos limites, portanto, do Município e acerca de fatos que haviam sido denunciados pelo apelado, envolvendo o então prefeito, ora apelante. 4. Desse modo, embora realmente hajam sido proferidas ofensas contra o recorrente, está o apelado protegido pela imunidade material, razão pela qual não é cabível dano moral. 5. Apelação Cível conhecida e não provida. Sentença mantida. (TJ-CE, Apelação Cível nº 33339200680600851, Desembargador Relator: Francisco Barbosa Filho, Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível, Data de Registro: 17/02/2012)."

"Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PEDIDOS INDENIZATÓRIOS RECÍPROCOS. AGRESSÕES VERBAIS MÚTUAS. IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL. DIREITO DE RETORSÃO. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL A SER REPARADO. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. No caso, pedidos de indenização

recíprocos, formulados em ação e reconvenção, por agressões verbais mútuas feitas entre os litigantes em meios de comunicação. 2. Quanto ao segundo apelante, constatou-se que o comportamento do então Deputado Estadual subsumiu-se, inteiramente, ao âmbito de incidência da proteção constitucional fundada na garantia da imunidade parlamentar material, de modo a excluir, na espécie, a responsabilidade civil do parlamentar em questão (Art. 53 c/c 27, § 1º da CF/88). 3. No que concerne ao pleito indenizatório reconvencional, observa-se que o primeiro apelante, ao retrucar as agressões que recebeu, de forma imediata e na mesma proporção, nada mais fez do que exercer o seu regular direito na defesa de seus legítimos interesses. Encontra-se assim amparado pela excludente de responsabilidade civil prevista no Art. 160, I, do CC de 1916. De modo que os excessos verbais, situando-se na área da retorsão, não podem ser consideradas ofensas, a ensejar reparação a título de dano moral. - Apelações conhecidas e desprovidas. - Sentença confirmada. - Unânime. (TJ-CE, Apelação Cível nº 49228775200080600000, Desembargadora Relatora: Maria Iracema Martins do Vale, Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível, Data do Julgamento: 25/11/2009, Data de Registro: 08/02/2010).”

Nesse mesmo diapasão, segue entendimento Jurisprudencial do STF:

“**Ementa: IMUNIDADE PARLAMENTAR EM SENTIDO MATERIAL (INVIOLABILIDADE). DECLARAÇÕES DIVULGADAS PELO BOLETIM DIÁRIO DA SESSÃO PLENÁRIA DA CÂMARA LEGISLATIVA E ENTREVISTAS JORNALÍSTICAS PUBLICADAS PELA IMPRENSA LOCAL. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DE MEMBRO DO PODER LEGISLATIVO. PRESSUPOSTOS DE INCIDÊNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IMUNIDADE PARLAMENTAR. PRÁTICA “IN OFFICIO” E PRÁTICA “PROPTER OFFICIUM”. RECURSO IMPROVIDO**. - A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, "caput") exclui a possibilidade jurídica de responsabilização civil do membro do Poder Legislativo, por danos eventualmente resultantes de suas manifestações, orais ou escritas, desde que motivadas pelo desempenho do mandato (prática "in officio") ou externadas em razão deste (prática "propter officium"), qualquer que seja o âmbito espacial ("locus") em que se haja exercido a liberdade de opinião, ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa, independentemente dos meios de divulgação utilizados, nestes incluídas as entrevistas jornalísticas. Doutrina. Precedentes. - A EC 35/2001, ao dar nova fórmula redacional ao art. 53, "caput", da Constituição da República, explicitou diretriz, que, firmada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal (RTJ 177/1375-1376, Rel.Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), já reconhecia, em favor do membro do Poder Legislativo, a exclusão de sua responsabilidade civil, como decorrência da garantia fundada na imunidade parlamentar material, desde que satisfeitos determinados pressupostos legitimadores da incidência dessa excepcional prerrogativa jurídica. - Essa prerrogativa político-jurídica - que protege o parlamentar em tema de responsabilidade

> civil - supõe, para que possa ser invocada, que exista o necessário nexo de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício legislativo, de outro. Doutrina. Precedentes. - Se o membro do Poder Legislativo, não obstante amparado pela imunidade parlamentar material, incidir em abuso dessa prerrogativa constitucional, exporse-á à jurisdição censória da própria Casa legislativa a que pertence (CF, art. 55, § 1º). Precedentes: Inq 1.958/AC, Rel. p/ o acórdão Min. CARLOS BRITTO (RTJ 194/56, Pleno) - RE 140.867/MS, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA (Pleno)". (STF, AI 401.600-0/DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Data do Julgamento: 08/10/2009)

Pelo exposto, CONHEÇO DO APELO, PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo incólume a decisão recorrida que julgou improcedente o pedido autoral.

É como voto.

Fortaleza, 13 de agosto de 2013

PROCESSO: 0012417-55.2012.8.06.0055.
REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL.
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE CANINDÉ.
APELANTE: MUNICÍPIO DE CANINDÉ.
APELADO: MARIA DE FÁTIMA AGOSTINHO.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CONTRATO DE CRÉDITO CONSIGNADO EM FOLHA DE PAGAMENTO. PRESTAÇÕES RETIDAS PELO MUNICÍPIO SEM REPASSE À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CREDORA. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL (*IN RE IPSA*) CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ENTE PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE OUTRAS RESTRIÇÕES CREDITÍCIAS. SÚMULA 385, STJ. DESNECESSIDADE *IN CASU*. PRECEDENTES. ÔNUS DO RÉU (ART. 333, II, CPC). *QUANTUM DEBEATUR*. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REMESSA OBRIGATÓRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. Suficientemente comprovada a conduta lesiva atribuída ao Poder Público, consistente em descontar em folha a prestação mensal de empréstimo consignado contratado pela servidora municipal, no entanto sem repassar tal valor à respectiva instituição financeira, a acarretar a indevida inscrição da mutuária em cadastro de devedores inadimplentes, é de se reconhecer a responsabilidade objetiva da municipalidade, sendo desnecessário à prejudicada pela conduta do ente público provar a existência da culpa do agente ou do serviço. Presentes, *in casu*, os pressupostos da responsabilização: fato administrativo, dano e nexo causal (art. 37, § 6º, CF).

2. A indevida inscrição da servidora pública municipal em

cadastro de maus pagadores pela instituição financeira, em face da malsinada conduta da Administração implica dano moral *in re ipsa*, prescindindo-se da comprovação do abalo psíquico ou da dor experimentada, que se presume como exteriorização do prejuízo extrapatrimonial.
3. A comprovação da existência de inscrição preexistente da autora no cadastro de inadimplentes, para elidir a indenização por danos morais, nos termos da Súmula 385, STJ, é ônus do réu (art. 333, II, CPC). Ainda que assim não fosse, a alegação do apelante não tem guarida, pois o enunciado sumular em apreço somente se aplica aos casos em que a indenização é pleiteada em face dos órgãos mantenedores do cadastro de inadimplentes, quando ausente a notificação prévia estabelecida no art. 43, § 2º, CDC. Precedente do STJ.
4. Na espécie, em que não houve recurso da parte lesada intentando a majoração, tenho que o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) arbitrado pelo Julgador *a quo* não implica enriquecimento sem causa à vítima, tampouco se revela ínfimo ou desprezível de maneira a perder sua natureza pedagógica ou sua função de desestímulo ao responsável pelo ato ilícito praticado, respeitando-se o critério da razoabilidade.
5. Reexame necessário e apelação conhecidos e desprovidos.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e decisão unânime, em conhecer do reexame necessário e do apelo para **negar-lhes provimento**, nos termos do voto do e. Relator.

Fortaleza, 7 de abril de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de reexame necessário e de apelação interposta pelo Município de Canindé (CE), ante a sentença do Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Canindé, na qual, em sede de ação indenizatória por dano moral combinada com obrigação de

fazer e pedido de tutela antecipada promovida por Maria de Fátima Agostinho, julgou parcialmente procedente o pedido para confirmar o provimento antecipatório e condenar o ente político ao pagamento, a título de dano moral, de três mil reais (R$ 3.000,00), atualizados pelo IGP-M a contar do arbitramento e com juros de mora desde a citação. Honorários arbitrados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

Irresignado, o Município de Canindé (CE) aviou apelação às **págs. 69-74**, na qual aduz que os descontos em folha da servidora foram realizados na gestão passada, então sob a responsabilidade "única e exclusiva" do prefeito Manoel Cláudio Pessoa, a configurar hipótese de improbidade administrativa.

Assere não ocorrer nexo causal entre o fato ilícito e o dano invocado, porquanto a inscrição dos dados da recorrida foi remetida aos órgãos de proteção ao crédito pela Caixa Econômica Federal (CEF), não pela municipalidade. E ainda que alguma responsabilidade tocasse ao Município, a apelada não demonstrou a ocorrência de dano extrapatrimonial, circunscrevendo-se o ocorrido (negativação) à esfera do mero dissabor, ressentindo-se os autos, além do mais, da comprovação de que a recorrida não tivesse outras inscrições negativas, a fazer incidir a S. 385, STJ.

Refere a desproporcionalidade da indenização conferida em primeiro grau (R$ 3.000,00), haja vista a precariedade das finanças públicas.

Intimada a contra-arrazoar, a recorrida fê-lo às **págs. 79-89**, esclarecendo que o Município deixou, apesar de citado, de responder à ação, considerando-se revel, havendo em decorrência disso em favor da autora a confissão ficta, dispensando-a do ônus da prova ou a rediscussão de fatos já confessados.

Ademais, afirma prevalecer, *in casu*, a responsabilidade civil objetiva do ente público.

Ressalta que a inscrição dos dados pessoais da suplicada em órgãos de proteção ao crédito deveu-se por ato de responsabilidade exclusiva do apelante, o qual pactuou com a Caixa Econômica Federal operação denominada crédito consignado, nos termos do convênio firmado entre ambos os entes, não tendo as prestações descontadas da recorrida – apropriadas indevidamente pela municipalidade – sido repassadas ao agente financeiro, o que implicou a negativação dos dados da suplicada nos cadastros de devedores e por conseguinte o dano moral reclamado (arts. 43, CC e 37, § 6º, CF).

Defende que o dever de indenizar é objetivo e independe do agente público causador do dano, além de o ônus da prova quanto a notações pretéritas competir a quem alega (art. 333, I, CPC).

Salienta que o *quantum* arbitrado não é desproporcional nem importa em enriquecimento sem causa.

Ausente nos autos interesse público primário, deixei de instar o representante ministerial a manifestar-se.

É o relatório.

VOTO

Conheço do reexame necessário e do apelo, presentes os requisitos de admissão.

Malgrado o Município sustente que a conduta ilícita tenha sido perpetrada na gestão anterior e que por isso a responsabilidade tocaria unicamente ao gestor de então, tal argumento não merecer acolhida, em vista de prevalecer a responsabilidade civil objetiva (art. 37, § 6º, CF), em cuja norma constitucional resta expresso que:

> Art. 37. […]
> […]
> § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Observa-se do caderno processual incumbir ao Município, por força de convênio firmado com a Caixa Econômica Federal (CEF), o repasse das prestações de empréstimo consignado em folha descontadas de seus servidores (*vide* contrato de crédito consignado às **págs. 21-28**). Ademais, o próprio ente público confessou não haver transferido os valores descontados do contracheque da apelada à CEF, muito embora tenha argumentado que tal fato ocorreu na gestão anterior.

A responsabilidade das pessoas de direito público, em regra, independe da prova do elemento subjetivo (dolo ou culpa), sendo suficiente a demonstração da conduta comissiva ou omissiva, do dano sofrido pelo administrado e do nexo causal entre esses. Em tais casos, o ônus da prova é invertido, é dizer, ao ente público compete provar a presença de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior.

Sobre o assunto, leciona José dos Santos Carvalho Filho:

> A marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado como pressuposto da responsabilidade objetiva.

> Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do *fato administrativo,* assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (*culpa in eligendo*) ou pela má fiscalização de sua conduta (*culpa in vigilando*).
> O segundo pressuposto é o *dano.* Já vimos que não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial como o **dano moral**. Logicamente, se o dito lesado não prova que a conduta estatal lhe causou prejuízo, nenhuma reparação terá a postular.
> O último pressuposto é o *nexo causal* (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou a culpa. Se o dano decorre de fato que, de modo algum, pode ser imputado à Administração,
> não se poderá imputar responsabilidade civil a esta; inexistindo o fato administrativo, não haverá, por consequência, o nexo causal. Essa é a razão por que não se pode responsabilizar o Estado por todos os danos sofridos pelos indivíduos, principalmente quando decorrem de fato de terceiro ou de ação da própria vítima.
> (Cf. *Manual de direito administrativo*. 26ª ed. rev., amplo e atual. até 31.12.2012. São Paulo: Atlas, 2013, p. 560).

Os requisitos da responsabilidade civil objetiva estão todos reunidos no caso em apreço. Senão vejamos: a conduta restou consubstanciada no ato da municipalidade de reter os valores descontados do contracheque da autora (**pág. 30**: recibo de pagamento de salário) e em não realizar o repasse da importância à instituição credora; o dano se deu em razão da inserção indevida do nome da autora no rol dos maus pagadores (*vide* **págs. 32-33; 34-35**: notificação postal de inclusão em cadastro de proteção ao crédito), mormente pela fidelidade no pagamento das prestações a que se obrigou a promovente; e, por fim, o nexo causal, pois malgrado a inserção indevida tenha sido procedida pela CEF, a negativação em referência teve como origem a omissão do ente municipal que deixou de repassar as prestações descontadas à instituição bancária, o que não afasta o nexo etiológico entre sua conduta omissiva e os danos experimentados pela parte autora.

Assim, evidenciada a responsabilidade objetiva do Município de Canindé pelos danos causados à recorrida e considerando tratar-se a inscrição em cadastro de inadimplentes de dano presumido (*in re ipsa*), a causar-lhe ofensa de ordem moral, a medida que se impõe é a declaração do dever de indenizar.

Nesse sentido:

> A inscrição/manutenção indevida do nome do devedor no cadastro de inadimplentes enseja o **dano moral *in re ipsa***, ou seja, dano vinculado à própria existência do fato ilícito, cujos resultados são **presumidos**. Precedentes.
> (STJ, AgRg no AREsp 465.702/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 19/03/2014).

A indevida inscrição da servidora pública municipal em cadastro de maus pagadores pela instituição financeira, em face da malsinada conduta da Administração implica dano moral *in re ipsa*, prescindindo-se da comprovação do abalo psíquico ou da dor experimentada, que se presume como exteriorização do prejuízo extrapatrimonial.

A melhor doutrina consigna que:

> Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, **provado o fato, provado está o dano moral**.
> (Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 86).

> **Os incs. V e X do art. 5º da Constituição tomaram clara posição quanto à prevalência da finalidade compensatória, proporcional ao agravo, da reparação do dano moral**. E, ao traçar o perfil da responsabilidade dele decorrente, estabeleceram, de logo, os seguintes princípios:
> a) A obrigação de reparar o dano moral passou a ser regra geral do ordenamento brasileiro;
> b) A amplitude do texto constitucional é incompatível com as restrições anteriores, seja no tocante à reparação do dano puramente moral, seja no que tange aos limites impostos à indenização;
> c) Fixando o critério da proporcionalidade da reparação em relação ao agravo (art. 5º, inc. V), a Constituição adotou francamente o princípio de que a indenização, além de seu caráter punitivo, guarda um caráter francamente compensatório;
> d) O caráter compensatório da reparação por dano moral não se coaduna com seu tarifamento ou com limitações e tetos impostos pela legislação

anterior que, sob esse aspecto, perdeu eficácia;
e) Harmonizam-se, ao contrário, com a Lei Maior critérios gerais que levem em consideração a gravidade e extensão dos males sofridos pelo ofendido, bem como sua personalidade (familiar, profissional, social), a gravidade do agravo e as condições do ofensor.
(Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 152-153).

Nesse diapasão, eis aresto deste Tribunal:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE CRÉDITO CONSIGNADO. PRESTAÇÕES RETIDAS PELO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE REPASSE À INSTITUIÇÃO CREDORA. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ENTE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO PREEXISTENTE. QUANTUM INDENIZATÓRIO INFERIOR A 50(CINQUENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE VERIFICADA. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.
1. Cuida-se a presente demanda de ação de indenização por danos morais oriunda de ato ilícito perpetrado pelo Município de Canindé-CE, o qual não repassou, à instituição financeira credora - CEF - os valores descontados dos contracheques da autora, importância esta referente às prestações de empréstimo consignado, o que culminou na inserção indevida do seu nome nos cadastros de inadimplentes, gerando prejuízos de ordem moral.
2. No caso em apreço, o instituto que se aplica é o da responsabilidade civil objetiva. Esta prescinde da comprovação de dolo ou culpa do particular, sendo suficiente a conduta administrativa, comissiva ou omissiva, o dano à esfera jurídica de outrem, o nexo de causalidade e, por fim, a inexistência de causas dirimentes da responsabilidade estatal.
3. Reunidos os requisitos que configuram a responsabilidade objetiva da municipalidade, em razão da inscrição indevida do nome da apelada nos cadastros de proteção ao crédito, resta inconteste o dever de indenizar do ente, nos moldes do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.
4. A comprovação da existência de inscrição preexistente da autora no cadastro de inadimplentes, para elidir a indenização por danos morais, nos termos da súmula 385 do STJ, é providência do réu, como estatui o art. 333, II, do CPC. Ademais, mesmo entendendo de forma diversa, a alegação do apelante não merecia guarida, pois o verbete sumular em referência, somente se aplica aos casos em que a indenização é pleiteada em face dos órgãos mantenedores do cadastro de inadimplentes, quando for ausente a notificação prévia estabelecida no art. 43, § 2º do CDC. Precedente do STJ.
5. O *quantum* indenizatório de R$3.000,00 (três mil reais) não se distancia dos padrões da razoabilidade, de modo que não amesquinha o dano experimentado pela autora, nem a locupleta indevidamente, além de servir como punição ao ente municipal. Outrossim, não ultrapassa 50 (cinquenta)

> salários mínimos, parâmetro estabelecido pelo STJ para estes casos, nos termos do voto do e. Min. Raul Araújo, no julgamento do AgRg no AREsp 355.005/GO, julgado em 05/12/2013.
> 6. Apelação conhecida e improvida. Sentença mantida.
> (TJCE, Reexame Necessário e Apelação Cível nº 001237166.2012.8.06.0055, 1ª Câmara Cível, Rela. Desa. LISETE DE SOUSA GADELHA, j. em 24/02/2014, disponibilizado em 11/03/2014).

Precedentes: TJCE, Apelação Cível nº 0012121-33.2012.8.06.0055, 6ª Câmara Cível, Rela. Desa. MARIA VILAUBA FAUSTO LOPES, DJe 24/10/2013; TJCE, Apelação cível nº 001236996.2012.8.06.0055, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. DURVAL AIRES FILHO, julgamento 08/08/2013; TJCE, Apelação cível 57910.2005.8.06.00401, Rel. Des. FRANCISCO SALES NETO, lª Câmara Cível, Data do julgamento: 05/10/2009, Data de registro: 14/10/2009.

De outra banda, não merece prosperar a alegação de que a apelada não comprovou a ausência de inscrição preexistente e, em razão disso, estaria elidida a indenização por danos morais, nos termos da S. 385, STJ. É que tal argumento quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor é ônus probatório do réu, que, *in casu*, além de revel, restou inerte em demonstrar que a promovente teria sido negativada antes da inscrição *sub examine*, não se desincumbindo da providência que lhe competia, como preceitua o inciso II do art. 333 do CPC.

E ainda que considerássemos que o aludido ônus seria da parte promovente, a alegação do apelante não merecia guarida, uma vez que o enunciado da S. 385, STJ, somente se aplica aos casos em que a indenização é pleiteada em face dos órgãos mantenedores do cadastro de inadimplentes, quando for ausente a notificação prévia estabelecida no art. 43, § 2º, CDC, situação diversa da constante na presente lide, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. **EXISTÊNCIA DE INSCRIÇÕES ANTERIORES**. **IRRELEVÂNCIA**. HIPÓTESE EM QUE NÃO SE APLICA A SÚMULA 385/STJ. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. SÚMULA 7/STJ.
> 1. **A incidência da Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça somente é aplicável às hipóteses em que a indenização é pleiteada em face do órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito, que deixa de providenciar a notificação prevista no art. 43, § 2º, do CDC antes de efetivar a anotação do nome do devedor no cadastro**. Precedentes.
> 2. O entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização

> por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso.
> 3. Nesse contexto, a revisão do julgado encontra óbice na Súmula 7/STJ, por demandar o vedado revolvimento de matéria fático-probatória.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (STJ, AgRg no AREsp 364115/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 11/12/2013).

Configurado o dano, resta verificar o *quantum* atinente a uma justa compensação. Na espécie, em que não houve recurso da parte lesada intentando a majoração, tenho que o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) arbitrado pelo Julgador *a quo* não implica enriquecimento sem causa à vítima, tampouco se revela ínfimo ou desprezível de maneira a perder sua natureza pedagógica ou sua função de desestímulo ao responsável pelo ato ilícito praticado, respeitando-se o critério da razoabilidade.

Do exposto, conheço do reexame necessário e do apelo para negar-lhes provimento.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL
PROCESSO: 0265214-12.2000.8.06.0001
RELATOR: FRANCISCO JOSÉ MARTINS CÂMARA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO - NÃO LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR E/OU DE BENS PENHORÁVEIS. ARQUIVAMENTO PROVISÓRIO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. TERMO *A QUO* DA CONTAGEM. DECURSO DO PRAZO DE SUSPENSÃO. SÚMULA 314 STJ. PRECEDENTES DO STJ. APELAÇÃO CÍVEL. CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. A prescrição intercorrente ocorre quando, proposta a execução fiscal e decorrido o prazo de suspensão, o feito permanece paralisado por mais de cinco anos, sem que a Fazenda cumpra seu ônus de tomar as providências cabíveis para a satisfação do seu crédito.

2. O arquivamento provisório da execução fiscal decorre diretamente do transcurso do período de um ano de suspensão, independentemente de qualquer deliberação judicial; sendo, por conseguinte, considerado ato automático, segundo a orientação enunciada pela Súmula nº 314 do c. STJ, a saber:"Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente." Precedentes do STJ.

3. Verificado o transcurso do referido prazo, a decretação da prescrição intercorrente é medida que se impõe.

4. Apelação Cível conhecida e desprovida. 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, intacta, a sentença atacada.

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

Fortaleza, 13 de agosto de 2013.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Apelação Cível em decorrência da sentença exarada pelo juízo da 4ª Vara de Execuções Fiscais da Comarca de Fortaleza que, nos autos da Ação de Execução Fiscal interposta pelo Fazenda Publica do Municipio de Fortaleza em desfavor de Gabarito Construções, Projetos e Empreendimentos decretou, de ofício, a prescrição da exigibilidade do crédito de natureza tributária, conforme a CDA de fl.3.

Citação efetuada em 20 de dezembro de 1995. Penhora frustrada tendo em vista que o meirinho não localizou bens penhoráveis.

Em 17 de maio de 1995, o Exequente requereu a suspensão da execução por 01 ano, fl. 13, o arquivamento da execução deu-se em 20/06/2001, fl. 17v.

Na sentença 26/30, o MM. Juiz *a quo*extinguiu a execução pela prescrição intercorrente.

Inconformado com a decisão, o Município de Fortaleza interpôs Apelação sustentando que não houve prescrição da execução fiscal haja vista que não houve inércia do Ente Público.

Autos remetidos a este Tribunal em 09/06/2010, sendo, inicialmente, distribuídos ao Exmo. Des. Ademar Mendes Bezerra.

Após redistribuição, vieram-me os autos conclusos em 22 de novembro de 2011 por força da portaria 154/2011 da Presidência desta Corte de Justiça.

É o que de indispensável se tem a relatar.

Encaminhem-se os autos à douta revisão, na forma do art. 34 do Regimento Interno deste Tribunal.

VOTO

FUNDAMENTAÇÃO

Como relatado, anteriormente, o presente feito cuida de Apelação Cível

interposta em decorrência da sentença exarada pelo juízo da 4ª Vara de Execuções Fiscais da Comarca de Fortaleza que, nos autos da Ação de Execução Fiscal interposta pelo Fazenda Publica do Município de Fortaleza em desfavor de Gabarito Construções, Projetos e Empreendimentos decretou, de ofício, a prescrição da exigibilidade do crédito de natureza não tributária.

1 - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

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 está presente, uma vez que, o recurso foi protocolizado no prazo legal, como se verifica na publicação de fl. 31.

Dispensa de preparo, conforme determina o art. 511, §1º do Código de Processo Civil.

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

Presentes os pressupostos que autorizam a admissibilidade da presente apelação, recebo o presente recurso e passo a apreciá-lo nos termos em que estabelece o art. 515, caput e §§ 1º e 2º, do CPC.

2 – PRELIMINARES

Sem preliminares a serem apreciadas, passa-se a analisar as questões relativas ao mérito do apelatório em apreço.

3 – MÉRITO

A controvérsia recursal cinge-se em averiguar se transcorreu o prazo da prescrição intercorrente.

A legislação aplicável para cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública é a Lei de Execução Fiscal, independentemente da natureza jurídica da dívida. É o que se depreende do art. 1º da Lei 6.830/80 é claro no sentido de que "a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil"**.**

O conceito de Dívida Ativa Tributária e não Tributária está previsto no §2º. do artigo 39 da Lei n.º 4.320/64, sendo a primeira considerada apenas aquela decorrente de impostos, taxas e contribuição de melhoria, caracterizando-se, as demais, como Dívidas Ativas não Tributárias verbis:

> **"**Art. 39. (...)
> (...)
> § 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais."

Cabe distinguir a natureza jurídica da dívida ativa que está sendo cobrada, para identificar quais as normas processuais deverão ser aplicadas para verificar a ocorrência ou não do instituto da prescrição.

Diante a definição do §2º. do artigo 39 da Lei n.º 4.320/64 acima descrito, tem-se que o crédito debatido nos autos, originado de multa ambiental, constitui Dívida Ativa não Tributária. E, uma vez inserido nessa categoria, a ele não se aplicam as regras de prescrição previstas no Código Tributário Nacional, nem as normas previstas no Código Civil.

Nesse sentido, peço licença para transcrever os seguintes julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS E MULTAS ADMINISTRATIVAS. CITAÇÃO POR EDITAL. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. POSTERIOR COMPARECIMENTO DO RÉU. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO. SOLIDARIEDADE. REPERCUSSÃO DO EFEITO INTERRUPTIVO SOBRE OS DEMAIS DEVEDORES. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO COMPROVAÇÃO DA ATUAÇÃO DESIDIOSA DA FAZENDA PÚBLICA. INEXISTÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. CUIDA-SE DE EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM 2001, COM A FINALIDADE DE COBRAR CRÉDITOS DE IPTU E TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA REFERENTES AOS EXERCÍCIOS DE 1998 A 2000, BEM COMO MULTAS ADMINISTRATIVAS

VENCIDAS EM 1997 E 1998. O DESPACHO DE CITAÇÃO FOI PROFERIDO EM 23.11.2001. FRUSTRADOS OS DEMAIS MEIOS CITATÓRIOS, A COMUNICAÇÃO PROCESSUAL DO EXECUTADO REALIZOU-SE POR MEIO DE EDITAL EM 03.06.2003, SEM QUE FOSSE NOMEADO CURADOR ESPECIAL PARA DEFENDÊ-LO. EM 18.11.2005, A FAZENDA MUNICIPAL INCLUIU OS DEMAIS CO-PROPRIETÁRIOS NO POLO PASSIVO DA DEMANDA, OS QUAIS FORAM CITADOS APENAS EM 13.09.2007. POSTERIORMENTE, HOUVE OFERECIMENTO DE OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE PELO DEVEDOR ANTERIORMENTE CITADO POR EDITAL E PELOS DEMAIS EXECUTADOS, EM QUE BUSCAM O RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA E A PRESCRIÇÃO DA AÇÃO EXECUTIVA. 2. (...) 5. NO TOCANTE À MULTA ADMINISTRATIVA, A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE TEM RECONHECIDO QUE É DE CINCO ANOS O PRAZO PARA A EXECUÇÃO FISCAL, NOS TERMOS DO DECRETO N.º 20.910/32, O QUAL DEVE SER APLICADO POR ISONOMIA, À FALTA DE REGRA ESPECÍFICA PARA REGULAR ESSE PRAZO PRESCRICIONAL. NESSE CASO, O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DÁ-SE COM O VENCIMENTO DO CRÉDITO SEM PAGAMENTO, QUANDO SE TORNA INADIMPLENTE O ADMINISTRADO INFRATOR. PRECEDENTES. 6. A INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO DAS MULTAS ADMINISTRATIVAS OCORRE COM O DESPACHO CITATÓRIO, JÁ QUE O REGIME A SER ADOTADO COM RELAÇÃO AO ALUDIDO EFEITO NÃO É O DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, MAS O PREVISTO NO ART. 8, § 2º, DA LEI 6.830/80. 7. (...) 9. QUANTO À PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DA EXECUÇÃO FISCAL, ESTA CORTE APENAS A RECONHECE SE ESTIVEREM PRESENTES OS SEGUINTES PRESSUPOSTOS: TRANSCURSO DO QUINQUÍDEO LEGAL E A COMPROVAÇÃO DE QUE O FEITO TERIA FICADO PARALISADO POR ESSE PERÍODO POR DESÍDIA DO EXEQUENTE. 10. CONSIDERANDO OS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS FIXADOS PELA CORTE DE ORIGEM - QUE NÃO PODEM SER REVISTOS PELA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA, EM RAZÃO DO ÓBICE DA SÚMULA 07/STJ - NÃO HÁ QUE SE FALAR EM PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE, ANTE A AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DA DESÍDIA OU DO ABANDONO PROCESSUAL DA FAZENDA PÚBLICA. 11. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. (RESP 1164558/SP, REL. MINISTRO CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 09/03/2010, DJE 22/03/2010).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA - AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS ENSEJADORES DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS - EXECUÇÃO FISCAL COBRANÇA DE MULTA PELO ESTADO PRESCRIÇÃO RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO CRÉDITO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA - INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO CIVIL E DO CTN DECRETO 20.910/32 - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - DÉBITO DE PEQUENO VALOR - ARQUIVAMENTO - ART. 20 DA LEI N.

> 10522/2002 - SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO - INEXISTÊNCIA - FEITO PARALISADO POR MAIS DE CINCO ANOS - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE AUSÊNCIA DE DESÍDIA POR PARTE DA EXEQUENTE - REEXAME DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES. 1. NÃO HÁ OMISSÃO EM ACÓRDÃO QUE, APRECIANDO EXPLICITAMENTE AS QUESTÕES SUSCITADAS, DECIDE A CONTROVÉRSIA DE FORMA CONTRÁRIA ÀQUELA DESEJADA PELA RECORRENTE. 2. SE A RELAÇÃO QUE DEU ORIGEM AO CRÉDITO EM COBRANÇA TEM ASSENTO NO DIREITO PÚBLICO, NÃO TEM APLICAÇÃO A PRESCRIÇÃO CONSTANTE DO CÓDIGO CIVIL. 3. UMA VEZ QUE A EXIGÊNCIA DOS VALORES COBRADOS A TÍTULO DE MULTA TEM NASCEDOURO NUM VÍNCULO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA, NÃO REPRESENTANDO, POR ISSO, A EXIGÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO, AFASTA-SE DO TRATAMENTO DA MATÉRIA A DISCIPLINA JURÍDICA DO CTN. 4. INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DO DECRETO 20.910/32, PORQUE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NA COBRANÇA DE SEUS CRÉDITOS, DEVE-SE IMPOR A MESMA RESTRIÇÃO APLICADA AO ADMINISTRADO NO QUE SE REFERE ÀS DÍVIDAS PASSIVAS DAQUELA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA. 5. O ARQUIVAMENTO SEM BAIXA DAS EXECUÇÕES FISCAIS INFERIORES A R$ 2.500,00 (DOIS MIL E QUINHENTOS REAIS), NOS TERMOS DO ART. 20 DA LEI N. 10.522/02, NÃO CAUSA SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA A COBRANÇA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO, TENDO EM VISTA CABER SOMENTE A LEI COMPLEMENTAR DISPOR SOBRE ESSE INSTITUTO. 6. A PARALISAÇÃO DO FEITO POR MAIS DE CINCO ANOS AUTORIZA A DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE, APÓS A OUVIDA DA FAZENDA PÚBLICA, A TEOR DO DISPOSTO NO ART. 40, § 4º, DA LEI 6.830/80. 7. VERIFICAR SE A PARALISAÇÃO DO FEITO DECORREU POR DESÍDIA DA EXEQUENTE OU POR MOTIVOS INERENTES AO MECANISMO DA JUSTIÇA, NA PRESENTE HIPÓTESE, IMPLICA REEXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS, O QUE É VEDADO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, A TEOR DO DISPOSTO NA SÚMULA 07 STJ. 8. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO. (RESP 1057477/RN, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2008, DJE 02/10/2008).

É possível afirmar, pois, que no caso *sub judice* deve ser aplicado o prazo prescricional de cinco anos previsto no artigo 1º. do Decreto n.º 20.910/32:

> "Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do fato do qual se originaram".

A respeito da aplicação do preceito supra às execuções de natureza não tributária, colaciono mais um julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DEPÓSITO PRÉVIO. CONDIÇÃO PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. INEXIGIBILIDADE. SÚMULA 373/STJ E SÚMULA VINCULANTE 21/STF. COBRANÇA DA MULTA EM MOMENTO CONSIDERAVELMENTE ANTERIOR AO ÓBICE LEGAL DE RECORRER. INFRAÇÃO AMBIENTAL. PENA DE MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO N. 20.910/32. SÚMULA 83/STJ. ART. 191 DO CC. APLICABILIDADE. 1. "É ILEGÍTIMA A EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO PARA ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO" (SÚMULA 373/STJ). 2. A SÚMULA VINCULANTE 21 FOI APROVADA NA ASSENTADA DO DIA 29 DE OUTUBRO DE 2009, ENQUANTO QUE A COBRANÇA DA MULTA ADMINISTRATIVA EM COMENTO DEU-SE EM MOMENTO CONSIDERAVELMENTE ANTERIOR AO ÓBICE LEGAL DE RECORRER. 3. "AS PENAS POR INFRAÇÕES AMBIENTAIS, POR SEREM DE NATUREZA PUBLICA FICAM SUJEITAS À PRESCRIÇÃO QUINQUENAL, POR APLICAR-SE O DISPOSTO NO DECRETO Nº 20910/32.MÚLTIPLOS PRECEDENTES" (RESP 1.102.193/RS, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, REL. P/ ACÓRDÃO MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJE 26.2.2009.) 4. IN CASU, TRATA-SE DE UMA QUESTÃO EMINENTEMENTE ADMINISTRATIVA, E, COMO TAL, DEVE SER APLICADO O DISPOSTO NO DECRETO N. 20.910/32, INCLUSIVE NO TOCANTE À PRESCRIÇÃO. EM SE TRATANDO DE PENA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA, DEVE-SE APLICAR A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA, EMBORA DE CARÁTER GERAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. 5. ESTA CORTE SÓ AFASTA A RENÚNCIA À PRESCRIÇÃO EM FACE DE CONFISSÃO DE DÉBITO JÁ PRESCRITO FEITA PELO EXECUTADO, NOS TERMOS DO ART. 191 DO CC, EM CASO DE DÉBITOS REGULADOS PELO CTN, QUE PREVÊ A EXTINÇÃO DO PRÓPRIO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PELA CONSUMAÇÃO DO LAPSO PRESCRICIONAL (ART. 156, V, DO CTN). TODAVIA, A HIPÓTESE EM COMENTO NÃO É REGIDA PELO DIREITO TRIBUTÁRIO, SENDO APLICÁVEL A NORMA CIVILISTA INVOCADA (ART. 191 DO CC). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (AGRG NO ARESP 163.869/SP, REL. MINISTRO HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 07/03/2013, DJE 18/03/2013).

O rito da execução fiscal, disciplinada pela Lei nº 6.830/80, descreve os procedimentos administrativos prévios indispensáveis para a exigibilidade dos créditos de natureza não-tributária, sobremodo a inscrição em dívida ativa e a conseqüente

extração da Certidão de Dívida Ativa, nos moldes do art. 2º, §§ 3º, 5º e 6º, da Lei nº 6.830/80, que assim dispõe:

> "Art. 2º- Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320 , de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.
> (...)
> § 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.
> 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:
> I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;
> II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;
> III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;
> IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;
> V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa;
> VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.
> § 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente."

Atendido, o procedimento administrativo para exibilidade do crédito, objeto de cobrança nos autos pelo Município exequente, passo a analisar a existência da prescrição intercorrente.

A Lei nº 11.051, de 30 de dezembro de 2004, introduziu o § 4º ao art. 40 da Lei 6.830/80, passando-se então a admitir a decretação, ex officio, da prescrição intercorrente, exigindo-se, contudo, prévia oitiva da Fazenda Pública.

Veja-se a redação, *in verbis*:

> Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.
> (...)
> § 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

> (...)
> § 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

Transcrevo o ensinamento excerto da obra "LEI DE EXECUÇÃO FISCAL", de Humberto Teodoro Júnior:

> **"(...)**
> **No âmbito de incidência do aludido § 4º, algumas novidades importantes foram introduzidas no direito opositivo, tais como:**
> **a) O reconhecimento judicial da prescrição em processo paralisado por não-localização do executado ou de bens penhoráveis não depende de requerimento da parte; deve ser pronunciada ex officio pelo juiz. Deve-se destacar que a prescrição, em matéria tributária, não é simples perda da pretensão (isto é, da ação sem entendi material). Figura no inciso V do art. 156 do CTN como causa legal de extinção do próprio crédito da Fazenda Pública. Daí que, extinguindo a obrigação tributária ajuizada. Pode o juiz reconhecer e declarar a prescrição sem necessidade de provocação do devedor.**
> **b) Embora possa o juiz atuar de ofício, não pode fazê-lo sem respeitar o contraditório. Por isso, prevê o § 4º do art. 40 da LEF que, antes de decidir sobre o destino da execução paralisada há mais de cinco anos, o juiz deverá ouvir a fazenda exeqüente. É que esta poderá ter alguma justificativa para o não-cabimento da prescrição, v.g., a confissão de dívida ou a transação durante o tempo de paralisação do executivo fiscal; ou de ter decorrido a paralisação de manobras do próprio devedor ou de deficiência do serviço judicial. Uma vez, porém, que permaneça silente a credora ou que sejam irrelevantes suas justificativas, a prescrição e a conseqüente extinção do processo executivo serão decretadas independentemente de requerimento do devedor. Não se trata de faculdade do juiz, mas de dever de ofício. Extinto o crédito exeqüente ex vi legis, não há mais condições de procedibilidade in executivis. A falta de condição da ação, ou de pressuposto processual, tem de ser reconhecida de ofício, em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição** (CPC, arts. 267, § 3º, e 618).¨ (Ed. Saraiva, 11ª edição, 2009, pág 235).

A Fazenda do Município ajuizou Ação de Execução Fiscal contra o executado, relativa à multa ambiental imposta pela Secretaria do Controle Urbano e Meio Ambiente, objeto do Auto de Infração 027995-Z, lavrado no dia 07/06/1994, tendo a respectiva inscrição na Dívida Ativa 10902/94, se concretizado no dia 09/09/1994.

Autuada a ação no dia 10/11/1995, a fazenda-exeqüente requereu o sobrestamento do feito pelo prazo de 60 dias, fl. 11.

Deferido o sobrestamento do feito por 60(sessenta) dias, no dia 12/05/1999, após certificado nos autos o decurso de mais de ano sem que fosse localizados bens do devedor, o exequente, solicitou, novamente, a suspensão do feito, o qual foi deferi pelo MM. Juiz em 17/05/1999, 13.

Em 30/06/2000, fl. 25, o MM. Juiz determinou o arquivamento dos autos, sendo, o exequente intimado do ato em 19/06/2001 o exequente.

O Município de Fortaleza solicitou em 20/11/2006 o não reconhecimento da prescrição intercorrente, sem nenhuma providência de andamento do feito.

A execução foi julgada extinta, com apreciação do mérito, com fundamento no art. 269, IV, do CPC, reconhecida a ocorrência da prescrição intercorrente,fls. 26/32.

O termo inicial da prescrição é a data do arquivamento, sendo possível o decreto extintivo do feito, por prescrição, se o processo estava arquivado por mais de cinco anos

Este o entendimento jurisprudencial sedimentado na Súmula nº. 314 do C. STJ, cujo enunciado é o seguinte:

> **"**Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição qüinqüenal intercorrente".

Assim, ante a inércia da fazenda-exeqüente em promover o andamento do feito por mais de 05 (cinco) anos, era mesmo, de rigor, o reconhecimento da consumação da prescrição intercorrente.

Adiciono posicionamentos desta Egrégia Corte de Justiça:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 40, § 4º DA LEI 6.830/80. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. TRATA O CASO DE REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL, EM AÇÃO ORIGINÁRIA DE EXECUÇÃO FISCAL, NA QUAL RESTOU RECONHECIDA A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE, NA FORMA DO ART. 40, § 4º DA LEI 6.830/80. 2. CONFORME INDICA A JURISPRUDÊNCIA ACOLHIDA, A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CONSISTE EM NORMA PROCEDIMENTAL PLENAMENTE APLICÁVEL À ESPÉCIE, CONQUANTO AFERIU O JUIZ SENTENCIANTE QUE O PROCESSO ESTEVE PARALISADO POR MAIS DE CINCO ANOS REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO CONHECIDOS. SENTENÇA MANTIDA. (APELAÇÃO 43468356200080600011 REL. DES.: CEFAS FONTELES TOMAZ : ÓRGÃO JULGADOR: ª CÂMARA CÍVEL DE REGISTRO: /12/2012).

> EMENTA: TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DEVEDOR EM LOCAR INCERTO E NÃO SABIDO. INEXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO FEITO PELO PRAZO DE UM ANO. ARQUIVAMENTO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. I - A AÇÃO PARA COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PRESCREVE EM 5 (CINCO) ANOS, CONTADOS DA DATA DA SUA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA, SALVO A OCORRÊNCIA DE CAUSA INTERRUPTIVA, O QUE NÃO FOI OBSERVADO NO CASO. II- DADA A IMPOSSIBILIDADE DE LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR OU BENS DE SUA PROPRIEDADE, O FEITO FOI SUSPENSO PELO PRAZO DE 1 (UM) ANO, COM SEU CONSEQÜENTE ARQUIVAMENTO. III - CONFORME ENTENDIMENTO JÁ CONSOLIDADO NO ÂMBITO DO STJ, ATRAVÉS DA EDIÇÃO DA SÚMULA Nº 314, EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL, NÃO LOCALIZADOS BENS PENHORÁVEIS, SUSPENDE-SE O PROCESSO POR UM ANO, FINDO O QUAL INICIA-SE O PRAZO DE PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL INTERCORRENTE. REMESSA E APELAÇÃO CONHECIDAS E NÃO PROVIDAS. (APELAÇÃO CÍVEL 24956859200080600011 REL. DES.: FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CÍVEL DATA DO JULGAMENTO: 14/04/2010 DATA DE REGISTRO: 20/04/2010).

Deste modo, de ser mantida, por ter dado correta solução à questão, a r. sentença recorrida.

DISPOSITIVO

Em face de todo o exposto, com fundamento nos precedentes da doutrina, jurisprudência e legislação mencionados, CONHEÇO da Apelação Cível, para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo a sentença *a quo* todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 13 de agosto de 2013.

PROCESSO: 0289566-34.2000.8.06.0001 – APELAÇÃO
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: GILBERTO MOITA
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. CONHECIMENTO. DESRESPEITO À QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA OBSERVADA DE OFÍCIO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. INOCORRÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 267, §1º DO CPC. SENTENÇA ANULADA. DETERMINAÇÃO DE RETORNO DOS AUTOS PARA NOVO JULGAMENTO. RECURSO CONHECIDO PARA, DE OFÍCIO, DECLARAR A NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso apelatório para, de ofício, declarar a nulidade da sentença recorrida, nos termos do voto da Exma. Desembargadora Relatora.

Fortaleza, 9 de abril de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação Cível oposto pelo Estado do Ceará em face do capítulo da sentença encartada à pág. 662, que, ao julgar, sem resolução de mérito, improcedente a demanda contra a qual lhe foi ajuizada, condenou a parte vencida, o ora Apelado, em honorários sucumbenciais que compreende ser inadequado. A esse respeito, reproduz-se a parte final da sentença recorrida:

> Face o desinteresse da parte autora no prosseguimento do feito, julgo, por sentença, para que produza seus jurídicos e legais efeitos, extinta a presente ação, fazendo-o com amparo nas disposições do art. 267, III, do Código

> de Processo Civil, condenado a parte autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa [*vide* pág. 662].

Inconformado com o disposto acima, o Estado do Ceará argumenta, em síntese, que "*o juízo a quo fixou honorários em 10 % (dez por cento) do valor atribuído à causa. Ocorre, Excelências, que o valor em questão remonta à míngua quantia de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais), a resultar em uma verba honorífica e apenas R$ 15,00 (quinze reais), o que, pelas dimensões da lide, se mostra extremamente irrisório"*. [*vide* pág. 666].

Apesar de regularmente intimada [*vide* pág. 671], a parte Apelada/Autora não apresentou contrarrazões.

É o breve relatório. À douta revisão.

VOTO

Verificadas as condições de admissibilidade, conheço do Recurso de Apelação Cível interposto pelo Estado do Ceará.

Ocorre que, uma vez conhecida a espécie recursal em destaque, cumpre, nos termos do art. 515 e seguintes do Código de Processo Civil/CPC, "*julgar a causa, aplicando o direito à espécie*" [*vide* Enunciado de nº 456 da Súmula do Supremo Tribunal Federal/STF], procedendo-se, dessa forma, com a ampla análise das matérias passíveis de exame – devolutividade ampla.

Em outras palavras, superado o juízo de admissibilidade, o recurso apelatório comporta efeito devolutivo amplo [*vide caput* do art. 515 do CPC], que, em seu nível vertical, engloba o chamado efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública, mesmo que, como se verá mais adiante, em confronto com os interesses imediatos do recorrente. Não se configurando, nesses casos, *reformatio in pejus*. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça/STJ:

> **EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO DO JULGADO REGIONAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/ STF. AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA DO ESTADO. TAXA JUDICIÁRIA. CONDENAÇÃO. INSTITUTO DA CONFUSÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. *REFORMATIO IN PEJUS*. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES DO STJ.**

> **1. *OMISSIS*. 2. *OMISSIS*. 3.** Não há *reformatio in pejus* na condenação da autarquia ao pagamento da taxa judiciária em reexame necessário, por se tratar de matéria de ordem pública (REsp 1222092/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 22/10/2012). **4. Agravo regimental a que se nega provimento.**
> [AgRg no AREsp 221.451/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014].

> **EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). POSSIBILIDADE.**
> **1. *OMISSIS*. 2.** Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, já que cumprirá ao Tribunal "julgar a causa, aplicando o direito à espécie (Art. 257 do RISTJ; Súmula 456 do STF). Para assim proceder cabe ao órgão julgador, se necessário, enfrentar a matéria prevista no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º, do CPC. Em outras palavras, a devolutividade do recurso especial, em seu nível vertical, engloba o efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública. Precedentes. **3.** No caso, provocado por agravo de instrumento para decidir sobre o cabimento de exceção de pré-executividade (que fora negado pelo juízo de primeiro grau), o Tribunal reformou a decisão e, indo além, decidiu o mérito, contra o recorrente. Houve, portanto, duplo error in procedendo: o do julgamento ultra petita e o da reformatio in pejus, o que acarreta sua nulidade. **4. Recurso especial conhecido para, de ofício, declarar a nulidade do acórdão recorrido.**
> [REsp 869.534/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 10/12/2007, p. 306]

Disso não destoa abalizada doutrina, veja-se:

> Exame de ofício no tribunal. Efeito translativo do recurso transfere ao tribunal o exame e o reexame das matérias de ordem pública, independentemente de haverem sido alegadas pelas partes. Isto porque não se trata de efeito devolutivo. A norma comentada é manifestação do efeito translativo do recurso, quanto ao exame dessas questões em outro grau de jurisdição. Para que o tribunal possa aplicar o efeito translativo e examinar, pela primeira vez, as matérias de ordem pública não suscitada e/ou não examinada no primeiro grau, é preciso que o recurso seja conhecido e, no caso de recurso excepcional (RE, Resp, RR) que seja conhecido e provido (casada a decisão recorrida). O efeito translativo compõe o juízo de mérito do recurso e não o juízo de admissibilidade. Por isso é necessário que o tribunal conheça do recurso e, ao julga-lo no mérito, possa examinar de ofício as matérias de ordem pública.
> [NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, págs. 505].

Tomando por base a premissa que acima se estabeleceu, *in casu*, após empreender análise do autos, observa-se que o Juízo *a quo* incorreu em erro *in procedendo* ao julgar a demanda improcedente com esteio no art. 267, inc. IIII, do CPC, sem, contudo, observar o regramento específico instituído pelo § 1º do aludido dispositivo - qual seja, providenciar a intimação pessoal do Réu, ora Apelado, para suprir a falta verificada em 48 (quarenta e oito) horas. Nessa toada, adota-se a lição de Nelson e Rosa Maria Nery, segundo o qual:

> Intimação pessoal. Não se pode extinguir o proceso com fundamento no CPC 267 II e III, sem que, previamente, seja intimado pessoalmente o autor para dar andamento ao processo. O *dies a quo* do prazo (termo inicial) é o da intimação pessoal do autor; daí começa a correr o prazo de 48h (quarenta e oito horas). Permanecendo silente há objetivamente a causa de extinção. Para o réu que se oculta, pode ser feito intimação por edital. [idem]

Ademais, existem inúmeros precedentes do STJ que reforçam o entendimento acima deduzido, veja-se:

> **EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. EXTINÇÃO. ABANDONO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. SÚMULA N. 240/STJ. INAPLICÁVEL. INTIMAÇÃO PESSOAL. SÚMULA N. 7/ STJ.**
> **1.** Pode o magistrado extinguir o processo com base no art. 267, III, § 1º, do CPC, desde que intimado o autor para dar prosseguimento ao feito em 48 horas, sendo inaplicável a Súmula n. 240 do STJ quando não tenha sido promovida a citação do réu. **2.*OMISSIS* 3. Agravo regimental desprovido.**
> [AgRg no AREsp 327.394/SE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 11/11/2013].
>
> **EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO PELO ABANDONO DA CAUSA PELO AUTOR - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO. INSURGÊNCIA DO AUTOR.**
> **1. *OMISSIS*. 2.** Cumpridas as determinações do art. 267, parágrafo 1º, do CPC, sem atendimento pelo autor, deve o processo ser julgado extinto sem resolução do mérito. Incidência do óbice da súmula 7/STJ. **3. *OMISSIS.* 4. Agravo regimental não provido.**
> [AgRg no AREsp 3.376/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 02/10/2013].
>
> **EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DE EXECUÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL**

DO EXEQUENTE. REGULARIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ.
1.- "Nos casos que ensejam a extinção do processo sem julgamento do mérito, por negligência das partes ou por abandono da causa (art. 267, incisos II e III, do CPC), o indigitado normativo, em seu § 1º, determina que a intimação pessoal ocorra na pessoa do autor, a fim de que a parte não seja surpreendida pela desídia do advogado" (AgRg no AREsp 24.553/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 27/10/2011). **2.-** ***OMISSIS.*** **3.- Agravo Regimental improvido.**
[AgRg no AREsp 339.302/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 05/09/2013].

Em vista das considerações acima traçadas, conheço do Recurso de Apelação Cível interposto pelo Estado do Ceará, para, de ofício, declarar a nulidade da sentença de pág. 662, determinando, em razão disso, o retorno nos autos à origem para nova deliberação, ocasião, ainda, em que se deverá observar o teor da norma preceituada no art. 267, § 1º, do CPC.

É como voto, Sr. Presidente.

Fortaleza, 9 de abril de 2014.

PROCESSO: 0003300-35.2010.8.06.0144.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: F.I.G.
APELADA: M.N.O.
APELADO: P.P.F.
APELADA: L.F.O.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE PROMOVIDA PELAS HERDEIRAS DA COMPANHEIRA FALECIDA EM FACE DO COMPANHEIRO SUPÉRSTITE. POSSE. TRANSMISSÃO *MORTIS CAUSA*. CONVIVÊNCIA *MORE UXORIO*. MATÉRIA INCONTROVERSA. IMÓVEL ADQUIRIDO ANTES DA UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE OUTROS BENS. MORADIA. NATUREZA DÚPLICE DOS INTERDITOS POSSESSÓRIOS. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. RECONHECIMENTO, MESMO EM FACE DE FILHOS EXCLUSIVOS DA *DE CUJUS*. RECURSO PROVIDO.

1. A relação de companheirismo é, antes de mais nada, um fato social que traduz o reconhecimento da entidade familiar mediante o convívio duradouro, público e contínuo entre duas pessoas desimpedidas de casar entre si, com objetivo de constituição de família (art. 1º, Lei 9.278/1996), independentemente de declaração judicial. Restando incontroverso nos autos que o casal coabitava o imóvel como entidade familiar em estável união por 33 (trinta e três) anos, revela-se desnecessária prévia declaração judicial em ação própria para os fins colimados nos interditos possessórios.

2. O direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal, mesmo adquirido anteriormente, deve ser conferido ao companheiro sobrevivente, ainda que em face de filhos exclusivos da *de cujus*.

3. Apelação conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e decisão unânime, em conhecer e dar provimento ao apelo, nos termos do voto do e. Relator.

Fortaleza, 7 de abril de 2014

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Francisco Inácio Gomes, em face da sentença da Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Pentecoste, na qual, em sede de ação de reintegração de posse, julgou procedente o pedido inicial, a fim de reintegrar M.N.O, P.P.F e L.F.O à posse do imóvel descrito à pág. 60, sob pena de multa diária de R$ 200,00 (duzentos reais) na hipótese de novo esbulho, além de custas processuais e honorários de advogado arbitrados em R$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais) (págs. 242-246).

Em razões recursais (págs. 253-257), assere ter sido "esposo" da genitora das apeladas M.N.O e L.F.O, vivido e residido no bem em questão por 42 (quarenta e dois) anos, havendo a mãe das recorridas deixado o imóvel para viver em casa de sua filha, contra a vontade do recorrente.

Assim, o imóvel em comento seria bem de família do casal, mantido até hoje pelo suplicante, com a realização de diversas benfeitorias, no qual reside em posse mansa, pública e pacífica, sendo o dito prédio, inclusive, resultado de anterior partilha.

Refere ainda, com base na prova documental juntada (manuscrito deixado por sua ex-mulher), haver ocorrido a noticiada partilha, constituindo o imóvel, por conseguinte, bem de família.

Aduz que a decisão recorrida não se louvou na prova dos autos, rejeitando as preliminares arguidas e ignorando a farta documentação e as circunstâncias de fato da causa, como o matrimônio do casal.

Argumenta igualmente ter havido violação ao art. 4º, III, CDC (princípio da boa-fé objetiva) e ao art. 955, CC.

Novas razões de apelação do recorrente às págs. 279-283, as quais repetem *ipsis litteris* as de págs. 253-257.

Contraminuta ao apelo de págs. 308-313, em que argumentam os recorridos não ter o apelante comprovado em qualquer momento da instrução processual haver

exercido de fato a posse em nome próprio do imóvel objeto da lide, competindo-lhe tal ônus segundo o art. 333, CPC.

Defendem que o recorrente não tem direito à posse em razão do regime de bens da união estável havida anteriormente, inexistindo comprovação de compra e venda válida, sendo a posse, na verdade, dos herdeiros da falecida, possuidora daquele bem.

Esclarecem que os genitores das recorridas (M.F.S e A.P.S), entre os anos de 1957 e 1958 adquiriram de Vicente Ocelo de Farias, José Adi Pinho e Francisco Lira Filho, mediante escrituras públicas particulares registradas no Cartório de Imóveis da Comarca de Pentecoste, os imóveis descritos na exordial e que constituem hoje uma só área contínua, onde se acham encravadas as construções erguidas por M.F.S, circunstâncias suficientemente comprovadas nos autos pela prova documental e testemunhal.

Afirmam os apelados que a mãe das duas recorridas passou a viver em união estável com o apelante, e que no ano 2000 foi retirada de casa por suas filhas, por força de ordem judicial em ação de busca e apreensão, dado o sofrimento daquela na companhia do suplicante, havendo este, inclusive, tentado ludibriá-la na confecção de um testamento em que todos os bens àquela pertencentes, em caso de seu desaparecimento, passariam ao então companheiro, ora apelante.

Alegam ser ilegal e imoral a assertiva do recorrente quanto à falsa declaração escrita por sua ex-companheira, a qual jamais poderia dispor sobre "venda" ou renúncia de herança em face de terceiros.

Asserem os recorridos a sucessão na posse ante o falecimento da mãe das apeladas, a qual nunca deixou de ter a posse (indireta) do bem em questão, sendo a posse direta exercida por F.I.G (apelante) (art. 1.197, CC).

Ressaltam que apesar de haverem convivido em união estável o recorrente e a genitora das recorridas, o bem em litígio foi adquirido anteriormente, não havendo igualmente comprovação nos autos de que o suplicante construiu qualquer edificação no terreno, não figurando em seu favor o referido imóvel sequer na condição de bem de família, uma vez que jamais lhe pertenceu, não havendo falar em indenização por benfeitorias realizadas na coisa em face da má-fé e porque incomprovadas.

Por fim, informam que a alegada posse mansa e pacífica nunca existiu, tendo a extinta mãe das recorridas defendido sua posse mediante diversas ações judiciais, todas transitadas em julgado.

Ausente interesse público primário, deixei de instar o agente ministerial a manifestar-se no feito.

É o relatório.

VOTO

Em face da preclusão consumativa, deixo de conhecer do apelo de págs. 279-283, cujas razões repetem *ipsis litteris* as de págs. 253-257.

Conheço, pois, do primeiro recurso interposto, presentes os requisitos de admissão.

O *thema decidendum* cinge-se à discussão sobre a posse do companheiro supérstite no imóvel de propriedade da companheira falecida em face de seus herdeiros exclusivos, único bem por essa deixado.

Segundo consta dos autos, resta incontroverso que o recorrente e sua companheira (falecida em **15.08.2008**; pág. 55), genitora das recorridas M.N.O. e L.F.O, passaram a "viver maritalmente" desde a morte de seu então esposo A.P.S (ocorrida em 12.11.1966; pág. 54), pai das apeladas, até idos de 2000 (pág. 35), ano em que a mãe das recorridas deixou sua morada, foi interditada (pág. 82) e ficou sob os cuidados de sua filha e curadora nomeada, M.N.O.

A relação de companheirismo é, antes de mais nada, um fato social que traduz o reconhecimento da entidade familiar mediante o convívio duradouro, público e contínuo entre duas pessoas desimpedidas de casar entre si, com objetivo de constituição de família (art. 1º, Lei 9.278/1996), independentemente de declaração judicial. Do contrário, todas as uniões estáveis somente seriam possíveis de constituir com a intervenção do Judiciário.

No que toca estritamente à posse, é inconteste que o apelante e a mãe das recorridas coabitaram no imóvel em disputa por 33 (trinta e três) anos (de 1967 até 2000), quando, ao que se infere, aquele passou a viver sozinho, mas, ressalte-se, não sem a oposição das recorridas (cf. ação reivindicatória, Proc. 2000.0208.1855-7, movida por M.F.S, representada por sua curadora, contra o ora recorrente: extinta sem resolução de mérito), as quais manejaram ainda defesa em duas ações de usucapião (Procs. 2000.0208.1841-7 e 2000.0208.1842-5: julgadas improcedentes), a primeira delas promovida pelo aqui recorrente em face de sua então companheira (pág. 102).

As testemunhas Maria da Penha Sales da Silva, Venceslau Rodrigues Bastos, Raimundo Nonato Gomes e João Alves de Sousa pouco esclarecem sobre a posse em comento, limitando-se a referir que no local em que morava a extinta genitora das apeladas, onde também funcionava uma espécie de pousada, ali já pernoitava o recorrente, fotógrafo itinerante, antes mesmo da viuvez daquela, passando posteriormente a com ela conviver em união estável.

Os documentos de págs. 138-142 (faturas de energia elétrica e água,

extrato de arrecadação do IPTU exercício 2010), em nome do recorrente, são indícios veementes de sua posse.

Também não se pode ignorar que, com a morte da Sra. M.F.S, em 2008, a posse que essa exercia em conjunto com o recorrente transmitiu-se *mortis causa* a suas herdeiras, aqui recorridas, por força do disposto no art. 1.206, CC: "A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres".

Tem-se entendido mais recentemente, em situações como a presente, conferir-se ao consorte ou companheiro supérstite a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com o fim de moradia (direito real de habitação), independentemente de filhos exclusivos do *de cujus*.

Senão vejamos:

> DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA MAIS VANTAJOSA PARA O COMPANHEIRO QUE PARA O CÔNJUGE. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.
> 1.- O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens.
> 2.- A Lei nº 9.278/96 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento.
> 3.- A Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002.
> 4.- Recurso Especial improvido.
> (STJ, REsp 821660/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 17/06/2011).
>
> DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. POSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 7° DA LEI N.
> 9.278/96. RECURSO IMPROVIDO.
> 1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96. Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012.
> 2. **O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir**

o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6º, *caput*, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. art. 1º, III, da CRFB).
3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável.
Prevalência do princípio da especialidade.
4. Recurso improvido.
(STJ, REsp 1156744/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 18/10/2012).

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.
1. O novo Código Civil regulou inteiramente a sucessão do companheiro, ab-rogando as leis da união estável, nos termos do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB.
2. É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1.831 do Código Civil traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que deve ser rechaçado pelo ordenamento jurídico.
3. A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este.
4. No caso concreto, o fato de haver outros bens residenciais no espólio, um utilizado pela esposa como domicílio, outro pela companheira, não resulta automática exclusão do direito real de habitação desta, relativo ao imóvel da Av. Borges de Medeiros, Porto Alegre-RS, que lá residia desde 1990 juntamente com o companheiro Jorge Augusto Leveridge Patterson, hoje falecido.
5. **O direito real de habitação concede ao consorte supérstite a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com o fim de moradia, independentemente de filhos exclusivos do *de cujus*, como é o caso**.
6. Recurso especial não provido.
(STJ, REsp 1329993/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 18/03/2014).

Sobre o assunto, preceitua a melhor doutrina que:

Consoante já comentado: não fala o Código Civil a respeito da existência de direito real de habitação em favor do companheiro ou convivente supérstite na união estável, tal qual já lhe havia reconhecido o parágrafo único, do art. 7º, da Lei n. 9.278, de 10.05.1996, enquanto vivesse ou não constituísse nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Porém, quer porque inexiste colidência entre esta norma, que é especial, e a do Código Civil, que é geral, quer em virtude da aplicação analógica do disposto no art. 1.831, ora em comento, em favor dos cônjuges; **concluímos pelo seu reconhecimento na união estável**.
(Cf. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Comentários ao código civil*: *artigo por artigo*. Coordenação Luiz Antônio Scavone Jr. [*et al*.) 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009, p. 2.123-2.124). [grifo nosso]

Tem a norma o escopo de permitir ao cônjuge supérstite continuar a viver no lugar e entre as coisas nas quais se desenvolveu a vida familiar, ou ao menos a sua última parte. A primeira observação é a de que tem o cônjuge viúvo direito real de habitação qualquer que seja o regime de bens do casamento. Pode, portanto, não herdar quota de propriedade plena, em razão do regime de bens do casamento, mas lhe é assegurada, em qualquer hipótese, a permanência na habitação, bastando apenas que seja o único imóvel daquela natureza a inventariar. Não mais vigora, por consequência, a regra do sistema anterior, em que o direito ao instituto estava circunscrito aos casados pelo regime da comunhão universal, que não recebiam o usufruto vidual.
[…]
Outra inconsistência notável do Código Civil de 2002 é a ausência de menção ao companheiro sobrevivente como titular do direito real de habitação. Essa omissão apenas coroa o tratamento severo – e incompreensível – que o art. 1.790 conferiu ao companheiro no direito sucessório, retirando diversas conquistas consagradas pelas Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96.
Uma interpretação literal e exegética do art. 1.831 – tão ao gosto do pensamento liberal que orientou o Código de 1916 -levaria à fácil conclusão de que o direito real de habitação é prerrogativa reservada exclusivamente ao cônjuge viúvo, excluindo-se o benefício do companheiro viúvo. Há quem sustente que o tratamento radicalmente diverso dado ao cônjuge e ao companheiro sobreviventes nada mais é do que a melhor expressão da norma constitucional, que não equiparou o casamento à união estável, mas, em vez disso, conferiu primazia ao primeiro.
Essa conclusão, a nosso ver, não pode prevalecer, sob a ótica civil-constitucional. Óbvio que o casamento não se equipara à união estável, podendo gerar – como gera – direitos e deveres distintos a cônjuges e companheiros. O que se discute é a possibilidade de a legislação infraconstitucional alijar, de modo tão grave, alguns direitos fundamentais anteriormente assegurados a partícipes de entidades familiares constitucionalmente reconhecidas. Como frisado anteriormente, o escopo do direito real de habitação é assegurar ao supérstite a preservação de um ambiente que lhe é caro, permitindo-lhe permanecer no imóvel residencial e entre objetos do casal, assegurando-lhe a manutenção de um bem essencial – a moradia.
(Cf. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado*: *doutrina*

> *e jurisprudência*: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de1916. Coordenador Cezar Peluso. 5ª ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2011, p. 1.504-1.505).

No mesmo sentido, cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. São Paulo: RT, 2012. p. 1.573-1.574.

A propósito:

> Direito real de habitação. Ação possessória. Artigos 718, 748, 1.611, § 2º, e 1.572 do Código Civil de 1916.
> 1. **O titular do direito real de habitação tem legitimidade ativa para utilizar a defesa possessória, pouco relevando que dirigida contra quem é compossuidor por força do art. 1.572 do Código Civil de 1916**. Fosse diferente, seria inútil a garantia assegurada ao cônjuge sobrevivente de exercer o direito real de habitação.
> 2. Recurso especial conhecido e provido.
> (STJ, REsp 616.027/SC, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2004, DJ 20/09/2004, p. 293).
>
> DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE. **RECONHECIMENTO MESMO EM FACE DE FILHOS EXCLUSIVOS DO *DE CUJUS***.
> 1.- O direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do *de cujos*.
> 2.- Recurso Especial improvido.
> (STJ, REsp 1134387/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 29/05/2013).

Pois bem. Nada obstante constar da sentença que "As relações de companheirismo são provadas mediante ação própria, onde também poderá ser discutida eventual partilha dos bens dos companheiros" e que "O promovido só passou a ocupar o imóvel após o início de sua relação amorosa com a autora, porém tal imóvel não fora adquirido na constância da união estável, e sequer fora declarado judicialmente o reconhecimento desta união estável" (pág. 244), o que importa, *in casu*, é que o recorrente comprovou sua composse no imóvel em decorrência de o coabitar com sua falecida companheira *intuitu familiae*.

A posse demonstrada pelo apelante passa ao largo da injustiça decorrente da violência, clandestinidade, precariedade ou abuso de confiança, sendo, portanto,

justa.

A meu sentir, ao contrário do consignado no decisório recorrido, "a permanência do promovido na casa da falecida senhora" **não** "se dava a título de tolerância", não havendo falar "que o promovido, companheiro de Maria Ferreira Sousa, lá vivia [tão somente] com a anuência dela", de modo a aplicar equivocadamente o art. 1.208, CC: "Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade".

É que a relação jurídica em questão é tutelada pelo direito de família, com regras de ordem pública, não mais exclusivamente de ordem privada (direito das obrigações). Nas palavras de Maria Berenice Dias, "A Constituição acabou por reconhecer juridicidade ao **afeto** ao elevar as uniões constituídas pelo vínculo de afetividade à categoria de entidade familiar. Paulo Lôbo sustenta que o *caput* do art. 226 da CF é **cláusula geral de inclusão**, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Não obstante as interpretações restritivas do texto constitucional feitas pelos *profetas da conservação*, como refere Belmiro Welter, há a necessidade de afastar essa **baixa constitucionalidade** que se quer emprestar à união estável, desigualando-a do casamento" (cf. *Manual de direito das famílias*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 169).

Ainda em relação ao tema, prossegue a mencionada autora, *in verbis*:

> O silêncio do Código Civil sobre o direito real de habitação na união estável não inibe o seu reconhecimento. Permanece existindo por força do dispositivo legal que não foi revogado (L 9.278/96 7.° parágrafo único). Ao depois, cabe invocar até o princípio da isonomia. No casamento expressamente está previsto o direito real de habitação (CC 1.831), **nada justificando não assegurar o mesmo direito na união estável**.
>
> Já com relação ao usufruto, não é esta a posição da doutrina e nem da jurisprudência. Também quanto a isso silencia, mas a omissão não pode ser interpretada como exclusão do direito. É o mesmo assegurado à união estável, enquanto não constituída nova união (L 8.971/94 2º). Como essa lei não foi expressamente revogada, permanece em vigor. O fato de o Código Civil não mais prever o usufruto vidual no casamento **não pode significar extinção de direito que continua previsto para a união estável**. E, para evitar solução que afronte o princípio da igualdade, mister reconhecer que remanesce o direito de usufruto também no casamento, pois não cabe tratamento diferenciado a institutos similares. (*Idem*, *ibidem*, p. 183).

In casu, restou demonstrado nos autos que o suplicante **coabitava** o imóvel com a genitora das recorridas desde 1967 até 2000, quando essa deixou a residência

comum para receber os cuidados de sua filha e curadora, mantendo-se, porém, a composse até o advento de sua morte, em 2008, tempo em que se transmitiu (*mortis causa*) às herdeiras da falecida.

Porém, na ausência de comprovação de qualquer patrimônio amealhado pelo casal, uma vez que o bem imóvel em alusão foi adquirido antes da união estável, é de se assegurar ao convivente supérstite direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, na forma do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/1996 (*Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal*), *in verbis*:

> Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.
> Parágrafo único. **Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes**, **o sobrevivente terá direito real de habitação**, **enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento**, **relativamente ao imóvel destinado à residência da família**.

Aliás, essa é a compreensão que se extrai do Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "Art. 1831: **o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro**, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88".

Por conseguinte, assente nos autos que o apelante – companheiro sobrevivente – reside desde 1967 no imóvel em disputa de posse com as herdeiras de sua falecida companheira, é de reconhecer-lhe a posse exclusiva sobre o bem (art. 1.394, CC) em decorrência do exercício do direito real de habitação especial (temporário e personalíssimo), oponível, inclusive, em face das compossuidoras herdeiras, assegurando-se ao apelante o direito de ali morar e residir, enquanto viver, não constituir nova união ou casamento, vedando-se-lhe, no entanto, alugar ou emprestar a moradia, ou dela se servir para estabelecimento de fundo de comércio ou de indústria, ou extrair do imóvel outra utilidade que não a de residir, sob pena de perecimento do direito real.

Do exposto, **dou provimento ao apelo**, de sorte a declarar a posse do recorrente sobre o bem em questão, em regime especial de direito real de habitação, até sua morte.

É como voto.

PROCESSO Nº 0039987-91.2006.8.06.0001/1
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA.
APELADA: CAROLINA DE OLIVEIRA PINHO
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DA COBERTURA. DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE EXAMES ADMISSIONAIS. MÁ-FÉ DA CONSUMIDORA NÃO COMPROVADA. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO. MULTA COMINATÓRIA. REDUÇÃO COM OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA, EM PARTE.

1. Não pode a operadora do plano de saúde eximir-se do dever de cobertura, alegando omissão de informações por parte da consumidora, se dela não exigiu exames clínicos prévios. Precedentes do STJ e deste Tribunal de Justiça.

2. Não demonstrada a má-fé da usuária, ilícita é a recusa da cobertura do plano de saúde. Precedentes do STJ e deste Tribunal de Justiça.

3. A situação fática afeta à esfera jurídica das partes em nada se alterou, porquanto a apelante continua em sua inércia de não providenciar o cumprimento da decisão antecipatória da tutela, confirmada na sentença. Elidir o pagamento de multa cominatória pelo descumprimento injustificado da ordem judicial imporia à função jurisdicional inaceitável descrédito.

4. Consequentemente, tendo em vista a extraordinária estimativa pecuniária alcançada, revela-se a multa cominatória, nos termos em que fixada, inapta a revelar seu caráter coercitivo, conquanto inexistirá suporte financeiro da operadora do plano de saúde em pagar o débito. Assim, reduzo o *quantum* da multa acumulada ao montante de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), revogando, por conseguinte, a multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais) aplicada na decisão recorrida.

5. Apelação conhecida e provida, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em unanimidade de votos, em conhecer do Recurso de Apelação, dando-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta por HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA. contra sentença proferida pelo juízo da 7ª Vara Cível da comarca de Fortaleza, que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Constituição de Obrigação de Fazer (Processo nº 0039987-91.2006.8.06.0001/0), deduzida por CAROLINA DE OLIVEIRA PINHO, julgou procedente o pedido para declarar nula cláusula contratual restritiva de cobertura de doença preexistente ao plano de saúde pactuado.

O magistrado *a quo* sustenta a tese de que não cabe à operadora de plano de saúde negar atendimento a usuário em razão de doença preexistente, se deixou de realizar exames no contratante ao tempo da admissão (fls. 220/225).

Irresignada, a apelante requer, a princípio, a apreciação das razões aduzidas no Agravo Retido interposto contra a decisão judicial que anunciou o julgamento antecipado da lide, com apoio no art. 330, I do CPC. Sustenta, em síntese, que se mostra imprescindível a produção de prova pericial para atestar a preexistência da doença da apelada. Em rebate, a recorrida sustenta a total impropriedade do pleito, notadamente porque a vasta jurisprudência dos Tribunais Superiores não admite perícia após a formalização do contrato de adesão com as operadoras de plano de saúde (fls. 179; 210/217; 250/258).

Em seguida, aduz que a intervenção cirúrgica de exérese de cisto sacrococcígeo, solicitada pela apelada, decorre de doença preexistente ao contrato, não informada na Declaração de Saúde da usuária. Portanto, a negativa da solicitação da apelada encontra-se em consonância com a Lei nº 9.656/98, que impõe à operadora de plano de saúde o ônus de demonstrar doenças e lesões em seus usuários, preexistentes à data da contratação, até 24 (vinte e quatro) meses da vigência contratual (art. 11 da Lei nº 9.656/98).

Informa que neste período de 24 (vinte e quatro) meses o usuário goza de cobertura parcial temporária, que significa suspensão da cobertura de procedimentos

de alta complexidade, leitos de alta tecnologia e procedimentos cirúrgicos relacionados às doenças e lesões preexistentes declaradas pelo beneficiário (art. 2º, II da Resolução Normativa nº 162/07).

Ademais, ressente-se pela imposição da multa cominatória diária de R$ 1.000,00 (um mil reais), em virtude de ter o magistrado de piso reconhecido, na sentença, o descumprimento da decisão interlocutória concessiva da antecipação da tutela, desde o dia 24/10/2006 (data da publicação da interlocutória), determinando a apuração de seu valor em liquidação de sentença.

Nesse ponto, alega a apelante que não houve descumprimento da referida decisão antecipatória da tutela. Assevera que, malgrado a recusa dos profissionais médicos credenciados em realizar o procedimento cirúrgico – porquanto temerosos de não serem devidamente remunerados por se tratar de cirurgia autorizada por decisão judicial – a autora poderia ter tentado mais vezes a concretização da intervenção cirúrgica. Outrossim, o valor apurado pela apelada, da ordem de R$ 430.000,00 (quatrocentos e trinta mil reais), é excessivo.

Por fim, requer o provimento do apelo para reformar a sentença e reconhecer que não houve descumprimento, por parte da apelante, da decisão antecipatória da tutela. Caso contrário, requer a diminuição das *astreintes* a valor não superior aos custos do procedimento cirúrgico (fls. 227/245).

Em sede de contrarrazões, a apelada requer a manutenção integral da sentença, alegando que o plano de saúde contratado cobre, inclusive, doenças e lesões preexistentes das quais tenha conhecimento o beneficiário, desde que não haja omissão na data de admissão. Nesse ponto, assevera que não tinha conhecimento da doença que lhe acomete, somente vindo a descobrir 11 (onze) meses após a contratação do plano de saúde.

Além disso, afirma que, segundo as cláusulas contratadas, a suspensão de procedimentos médicos somente poderia ser efetivada, se fosse o caso, após julgamento de processo administrativo pela ANS, fato inocorrente na espécie (fls. 260/278).

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso em apreço, passo à análise do mérito.

1. Cobertura nos Casos de Doença Preexistente

No caso, mostra-se ilegítima a negativa da operadora do plano de saúde em cobrir as despesas da intervenção cirúrgica da contratante, sob o argumento de se tratar de doença preexistente, quando a administradora do plano de saúde não se precaveu mediante realização de exames de admissão ao plano pactuado.

Em situações semelhantes, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO. RECUSA DA COBERTURA. DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE EXAMES PRÉVIOS. MÁ-FÉ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA1. Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a seguradora não pode se eximir de pagar a indenização securitária alegando que a doença é preexistente à contratação, se não exigiu prévios exame clínicos do segurado.
> 2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos ou interpretação de cláusula contratual, a teor do que dispõem as Súmulas n. 5 e 7 do STJ.
> 3. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu que a recorrente, ré na demanda, não se desincumbiu do ônus de comprovar a alegada má-fé da segurada. Alterar esse entendimento é inviável na instância especial a teor dos óbices das referidas súmulas.
> 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.
> (EDcl no AREsp 237.692/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 25/06/2013)
>
> DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. EXAMES CLÍNICOS PRÉVIOS. AUSÊNCIA. ALEGAÇÃO DE MOLÉSTIA PREEXISTENTE. DESCABIMENTO.
> - Não pode a seguradora eximir-se do dever de indenizar, alegando omissão de informações por parte do associado, se dele não exigiu exames clínicos prévios - Agravo no recurso especial não provido.
> (AgRg no REsp 1229978/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 04/12/2012)
>
> SEGURO DE VIDA EM GRUPO. ÓBITO. ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE EXAME PRÉVIO.
> — Não pode a seguradora eximir-se do dever de indenizar, alegando omissão de informações por parte do segurado, se dele não exigiu exames clínicos prévios. Precedentes do STJ.

— Em sede de recurso especial não se reexamina matéria probatória (Súmula nº 7-STJ). Recurso especial não conhecido.
(REsp 576088/ES, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2004, DJ 06/09/2004, p. 266)

PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO EPISTOLAR. AGÊNCIA BANCÁRIA PERTENCENTE AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. VALIDADE. DOENÇA PREEXISTENTE. MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA.
- É eficaz a citação epistolar entregue em agência bancária integrante do grupo econômico a que pertence o citando, tanto mais quando a correspondência é recebida pelo preposto que firma contratos em nome da demandada.
- Sem a exigência de exames prévios e não provada a má-fé do segurado, é ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro.
(REsp 533404/RO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/05/2006, DJ 26/06/2006, p. 131)

Mesma postura é a adotada neste Tribunal de Justiça, *in verbis:*

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO. PLANO DE SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. TRATAMENTO MÉDICO. DOENÇA PREEXISTENTE. NÃO REALIZAÇÃO DE EXAME PRÉVIO. RELAÇÃO CONSUMERISTA. CONTRATO DE ADESÃO. ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO E PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO DEMONSTRADOS. DECISÃO MANTIDA POR SEUS FUNDAMENTOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.
1. Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, colimando a reforma de decisão interlocutória que deferiu pedido de antecipação da tutela em favor de beneficiária de plano de saúde, autorizando a realização de tratamento médico. A agravante alega que a doença é preexistente à assinatura do contrato, submetendo a paciente ao prazo de carência de vinte e quatro meses para o tratamento pleiteado.
2. As provas constantes dos autos, incluindo exames médicos anteriores ao efetivo diagnóstico da doença, dão indícios de que esta inexistia quando da assinatura do contrato, ou, se existia, não era conhecida pela paciente.
3. Não justifica a recusa da prestação do serviço a alegação de preexistência da doença, se a operadora do plano de saúde não comprovar o conhecimento prévio da beneficiária acerca da moléstia, inteligência do art. 11 da Lei nº 9.656/98.
4. Tratando-se de relação consumerista e, especialmente, de contrato de adesão, cabe à operadora do plano de saúde, antes de firmar o contrato, investigar, por meio de exames prévios, as condições do beneficiário quanto à existência de doenças, sob pena de arcar com o ônus de sua desídia. Precedentes desta corte: Apelação nº 68001392200080600011;

Rel. FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA; 4ª Câmara Cível; Data: 07/03/2007; Apelação nº 53421770200080600011; Rel. MARIA CELESTE THOMAZ DE ARAGÃO; 4ª Câmara Cível; Data: 13/01/2009; Apelação nº 3252523200580600000; Relator(a): EDITE BRINGEL OLINDA ALENCAR; 3ª Câmara Cível; Data: 03/11/2008; Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo nº 622723200780600000; Rel. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data: 28/07/2008.

5. Demonstrados a verossimilhança do direito e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, este último consistente no possível agravamento da doença com a demora na solução do feito. Restam configurados, portanto, os requisitos autorizadores da antecipação da tutela, não merecendo reparo a decisão de primeiro grau.

6. Agravo de instrumento conhecido e improvido.

(Agravo de Instrumento nº 2520492200980600000, Relatora Vera Lúcia Correia Lima, 4ª Câmara Cível, Registrado em 20/01/2011)

DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INCIDENTAL DE EMBARGOS DO DEVEDOR. SEGURO DE VIDA. MORTE DO SEGURADO. NEGATIVA DE PAGAMENTO. ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE EXAME PRÉVIO. MÁ-FÉ NÃO DEMONSTRADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

1. **É ônus de a seguradora exigir a realização de exames prévios na pessoa do afiançado antes de celebrar o contrato de seguro, não o fazendo, suporta as consequências de sua omissão e, por conseguinte, assume o risco do negócio, sujeitando-se ao implemento da obrigação contraída.**

2. A alegação da existência de doença preexistente somente pode ser usada pela Seguradora para opor-se ao pagamento da indenização se houver exigido prévio exame médico do segurado ou se comprovada má-fé deste. Precedentes: AgRg no Ag 804.965/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 28/08/2008; EDcl no Ag 1162957/DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 24/05/2011; AgRg no AREsp 11.056/RS, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 06/09/2011 e AgRg no AgRg no AREsp 14.594/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 13/02/2012.

3. Apelação cível conhecida e não provida. 4. Sentença confirmada.

(Apelação nº 44148200680601241, Relator Francisco Barbosa Filho, 5ª Câmara Cível, Registrado em 11/04/2012)

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO. PLANO DE SAÚDE. DOENÇA PREEXISTENTE. RELAÇÃO CONSUMERISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NÃO REALIZAÇÃO DE EXAME PRÉVIO. RESPONSABILIDADE DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO E PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO DEMONSTRADOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.

> 1. Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, colimando a reforma de decisão interlocutória, que deferiu pedido de liminar em favor do agravado para autorizar a realização de cirurgia e demais procedimentos necessários à intervenção cirúrgica cardíaca.
> 2. Não justifica a recusa da prestação do serviço a alegação da operadora do plano de saúde no sentido de que a cirurgia pleiteada decorre de doença preexistente.
> 3. Tratando-se de relação consumerista e, especialmente, de contrato de adesão, é cabível a inversão do ônus da prova, incumbindo à operadora do plano de saúde, antes de firmar o contrato, investigar, por meio de exames prévios, as condições do beneficiário quanto à existência de doenças, sob pena de arcar com a responsabilidade decorrente de sua desídia**.** Precedentes desta corte: Apelação nº 68001392200080600011, Rel. FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA, 4ª Câmara Cível, Data 07/03/2007. Apelação nº 53421770200080600011, Rel. MARIA CELESTE THOMAZ DE ARAGÃO, 4ª Câmara Cível, Data: 13/01/2009. Apelação nº 3252523200580600000, Relator(a) EDITE BRINGEL OLINDA ALENCAR, 3ª Câmara Cível, Data 03/11/2008. Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo nº 622723200780600000, Rel. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA, Órgão julgador, 3ª Câmara Cível, Data 28/07/2008.
> 4. Demonstrados a verossimilhança do direito e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, circunstâncias que autorizaram o deferimento do pedido de antecipação de tutela, não merece reparo a decisão de primeiro grau.
> RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
> (Agravo de Instrumento nº 725958201080600000, Relatora Vera Lúcia Correia Lima, 4ª Câmara Cível, Registrado em 16/01/2012).

Tal entendimento, inclusive, foi pacificado no âmbito desta Corte, por meio do recente verbete sumular nº 41, que diz: "*Não prevalece a negativa de cobertura às doenças e às lesões preexistentes se, à época da contratação de plano de saúde, não se exigiu do contratante prévio exame médico.*"

Com efeito, não encontro nos autos provas da realização, pela apelante, de exames prévios à contratação, fato este, inclusive, não oposto pela operadora de plano de saúde, que se fia, notadamente, na redação contida no art. 11 da Lei nº 9.656/98, a afirmar que dispunha de 24 (vinte e quatro) meses para constatar quaisquer doenças ou lesões preexistentes na contratante.

O mencionado artigo de lei preconiza que:

> **Art. 11.** É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

> Parágrafo único. É vedada a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o caput, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS.
> (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Há de se ter em mente dois pontos fundamentais, depreendidos do citado dispositivo legal: primeiro, a doença preexistente deve ser do conhecimento da própria usuária, ora apelada; e segundo, é ônus da operadora de plano de saúde a produção de tal prova.

Acontece que inexistem nos autos documentos que comprovem, de forma cabal, a ciência da apelada, antes da contratação, acerca de sua real condição de saúde, inobstante tenha a apelante comprovado a preexistência da doença, atestada por médico credenciado à operadora do plano de saúde (fl. 93). A HapVida, portanto, não se desincumbiu do ônus probatório que lhe foi imposto, a teor do art. 333, inciso II do CPC, qual seja o de comprovar o conhecimento prévio da apelada sobre sua condição de saúde.

Nesses moldes, não identifico má-fé na conduta da apelada. Se a operadora do plano não tomou as medidas que lhe incumbia para desobrigar-se do custo demandado pela recorrida, agora é que não tem cabimento a sua recusa, quando mais necessita a usuária, que contratou o plano de saúde exatamente com o escopo de lhe assistir devidamente quando necessário.

Acerca da imprescindível comprovação de má-fé, apta a afastar a pretensão da apelada, cito os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Sodalício:

> "(...)
> - A exclusão de doença preexistente da cobertura securitária depende da prova da má-fé do segurado, ao não informar à seguradora sobre tal circunstância, no momento da contratação**.** (...)"
> (AGA 396.472/NANCY)

> AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO DE VIDA. DOENÇA PREEXISTENTE. NÃO REALIZAÇÃO DE EXAMES PRÉVIOS. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO COM APLICAÇÃO DE MULTA.
> 1. Nos termos jurisprudência dominante do STJ, a seguradora não pode se eximir do dever de indenizar, alegando omissão de informações por parte do segurado, se dele não exigiu exames clínicos, ou não houve prova de má fé. Aplicação da Súmula 83/STJ.
> 2. Agravo regimental não provido com aplicação de multa.

(AgRg no AREsp 104.987/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 18/03/2013)

PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS MONITÓRIOS - DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL - INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA - AGRAVO RETIDO IMPROVIDO - SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS - INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA AFASTADA - DOENÇA PREEXISTENTE - MÁ-FÉ CARACTERIZADA - APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Mostra-se inexistente o alegado cerceamento de defesa. Ora, como é cediço, o magistrado é o destinatário final da prova e é seu dever indeferir a produção de provas desnecessárias ou procrastinatórias, quando observar que o conjunto probatório constante do caderno processual já é suficiente para o desate da lide. No caso em comento, basta uma análise das provas colacionadas aos autos para se constatar que elas são mais que suficientes para subsidiar o julgamento da *quaestio* posta em juízo, sendo desnecessária, portanto, a produção da prova postulada.

2. Tem-se que as seguradoras têm o dever de tomar todas as cautelas necessárias no momento da contratação do seguro, no intuito de se cientificar da real situação do pretendente segurado. Ao não submetê-lo à avaliação de saúde, aceitando as informações que lhe foram prestadas, não se mostra razoável alegar doença preexistente como fundamento para negar a indenização contratada, salvo comprovada má-fé.

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

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

5. Agravo Retido e Apelação conhecidos e improvidos.

6. Sentença mantida.

(Apelação nº 3288844200480600000, Relatora Maria Nailde Pinheiro Nogueira, 2ª Câmara Cível, Registrado em 31/1/2011)

CIVIL E CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA. ALEGAÇÃO DE DOENÇAS PREEXISTENTES. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE EXAMES PRÉVIOS NO ATO DA CONTRATAÇÃO. MÁ-FÉ DO SEGURADO NÃO EVIDENCIADA. DEVER DE INDENIZAR. PRECEDENTES. JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA MODIFICADA EM PARTE.

1. Conforme entendimento pacificado no STJ, não pode a seguradora eximir-se do dever de indenizar, alegando omissão de informações por

> parte do associado, se dele não exigiu exames clínicos prévios.
> 2. *In casu*, os argumentos levantados pela apelante para negar o pagamento do seguro de vida não merecem prosperar ante a não comprovação da suposta preexistência das enfermidades causadoras da morte do segurado, seja a arritmia cardíaca, seja a diabetes mellitus ou a insuficiência renal crônica.
> 3. A simples afirmação de médico assistente de que uma das citadas patologias já havia sido diagnosticada desde 1999 não serve para comprovar de forma cabal o conhecimento do participante, quando da celebração do contrato de seguro, sobre seu verdadeiro estado de saúde.
> 4. Inexiste nos fólios processuais qualquer diagnóstico ou receituário capaz de confirmar tal alegação, além do fato de a seguradora recorrente não ter exigido a realização de qualquer exame prévio apto a atestar a veracidade das informações prestadas pelo segurado.
> 5. Não demonstrada a má-fé do associado, ilícita é a recusa da cobertura securitária, impondo-se a condenação da seguradora ao pagamento da indenização pactuada.
> 6. Em se tratando de responsabilidade contratual, os juros moratórios incidem a partir da citação.
> 7. Apelo conhecido e parcialmente provido. Sentença modificada em parte. (Apelação nº 14456.2008.8.06.00641, Relator Fernando Luiz Ximenes Rocha, 1ª Câmara Cível, Registrado em 23/02/2011)

Mostra-se, portanto, indubitável a sobreposição do direito à vida em relação ao interesse patrimonial. Aquele é direito fundamental, consagrado na Constituição Federal. A recorrida é portadora de grave doença e seu tratamento depende da cirurgia cujo custeio fora negado.

Decerto que o viso de lucro não deve prevalecer diante do principal escopo de qualquer pessoa ao pagar por um plano particular, qual seja, o cuidado com a saúde. Na delicada atividade de prestação de serviços médicos, se impõe a proteção à qualidade de vida, inquestionavelmente devido à apelada.

Além disso, impera salientar que, se por iniciativa própria a apelante passou a atuar na área de saúde, atraiu para si responsabilidades e não só a possibilidade de lucro do negócio, devendo arcar com o ônus advindo.

De todo o exposto tenho que a situação jurídica posta nos autos pode ser resumida assim: *Se a operadora de plano de saúde não providenciar a realização de exames admissionais no consumidor, somente a comprovada má-fé do usuário, quanto ao conhecimento prévio de doenças ou lesões que lhe acometem, elidirá a responsabilidade da operadora do plano, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses a contar do instrumento contratual.*

Assim, ante a inexistência de má-fé da apelada, mantenho a sentença, no ponto.

2. Prova Pericial

Sucede que a prova pericial requestada pela apelante, nas razões do Agravo Retido interposto, a dizer imprescindível ao destrame do feito, entremostra-se despicienda (fls. 210/217).

Isso porque a apelada não contrapôs a prova produzida pela apelante (fl. 93) quanto à preexistência da doença que lhe acomete, sendo impertinente a produção de prova relativa a fato incontroverso, nos termos do art. 334, inciso III do CPC, que diz: *"Não dependem de prova os fatos [...] admitidos, no processo, como incontroversos."*

Outrossim, a preexistência ou não da doença a qual é portadora a apelada não é o fato determinante de seu direito, no presente caso, mas sim a ausência de comprovação de sua má-fé quanto ao conhecimento dessa doença, no momento da contratação, de cuja ciência não se precaveu a apelante por meio de exames admissionais.

Frente a tais considerações, inadmito o Agravo Retido, por manifestamente improcedente.

3. Multa Cominatória

Foi arbitrada multa cominatória diária de R$ 1.000,00 (um mil reais) por ocasião do proferimento da decisão antecipatória da tutela, posteriormente ratificada pelo juízo de origem e cientificada a apelante no dia 24/10/2006 (fls. 43/44; 119; 122).

Desde então, não há notícia nos autos de que a apelante tenha cumprido a decisão que autorizou a realização do procedimento cirúrgico pleiteado pela apelada, confirmado na sentença e neste órgão recursal, conforme assentado alhures. Assim, não tem razão a recorrente ao afirmar que não descumpriu a decisão. Com efeito, é contumaz em sua atitude negligente frente a referida determinação judicial, escudando-se em pífias argumentações de cunho burocrático, sem qualquer respaldo jurídico.

Saliento que a apelada, não somente uma vez, mas por outras, envidou esforços, junto à apelante, para realização da cirurgia, porém, sem êxito (fls. 52/53; 148/149).

Concluo, pois, que a situação fática afeta à esfera jurídica das partes em nada se alterou, porquanto a apelante continua em sua inércia de não providenciar o cumprimento da decisão antecipatória da tutela, confirmada na sentença. Elidir o

pagamento de multa cominatória pelo descumprimento injustificado da ordem judicial imporia à função jurisdicional inaceitável descrédito.

Nessa toada, hei por bem manter a sentença, no ponto concernente ao não reconhecimento do cumprimento da decisão que determinou a realização do procedimento cirúrgico, objeto desta ação.

Por outro lado, convém analisar o valor da multa arbitrada. É consabido que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o valor fixado a título de multa, uma vez modificada a situação em que ela foi cominada, pode ser revisto a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado, na fase executiva, sem que isso configure ofensa à coisa julgada.

Sobre esse aspecto, o STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ASTREINTES. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.
> 1 - O v. acórdão recorrido resolveu a lide de acordo com a orientação jurisprudencial desta Corte, segundo a qual a multa cominatória deve ser fixada em valor razoável de modo a evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes, podendo ser revista em qualquer fase do processo, até mesmo após o trânsito em julgado**.**
> 2 - Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no AREsp 241.097/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 07/12/2012)
>
> AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE VEÍCULO - FASE DE EXECUÇÃO - COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA PARA O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ATINENTE À CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL GARANTIDOR - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA DE PRONTO PROVER, EM PARTE O RECURSO ESPECIAL, E LIMITAR A EXECUÇÃO DA MULTA COMINATÓRIA AO VALOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. INSURGÊNCIA DO EXEQUENTE.
> 1. É pacífico no âmbito do STJ o entendimento de que os embargos de declaração podem ser opostos contra qualquer decisão judicial, interrompendo o prazo para interposição de outros recursos, salvo se não conhecidos em virtude de intempestividade. Precedentes.
> 2. A multa prevista no art. 461, § 6º, do Código de Processo Civil não faz coisa julgada material, podendo ter seu valor alterado pelo juiz a qualquer tempo, desde que tenha se tornado insuficiente ou excessivo, como é o caso dos autos. Precedentes.
> 3. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no AREsp 14.395/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 09/08/2012)

Isso porque não se pode descurar que o valor da multa diária, no caso de descumprimento, deve ser fixado com a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. O escopo da *astreintes* do artigo 461, § 4º do CPC é compelir a parte ao cumprimento da ordem judicial, de modo a dar maior efetividade ao processo e à vontade do Estado.

Na medida em que constitui meio coativo imposto ao devedor, deve ser estipulada em valor que o estimule psicologicamente a evitar o prejuízo advindo da desobediência ao comando judicial. A coação tem que ser efetiva, pois o que se pretende preservar é a autoridade do comando estatal para a efetividade e eficácia da prestação da tutela jurisdicional.

Por oportuno:

> AGRAVO REGIMENTAL. APLICAÇÃO DA MULTA DO ARTIGO 461, § 4º DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE GRANDE PORTE. FIXAÇÃO COM OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> 1. Obrigação de fazer. Multa do artigo 461, § 4º do CPC: O escopo da multa do artigo 461, § 4º do CPC é compelir a parte ao cumprimento da ordem judicial emprestando, assim, efetividade ao processo e à vontade do Estado. Constituindo meio coativo imposto ao devedor, deve ser estipulada em valor que o "estimule" psicologicamente, a evitar o prejuízo advindo da desobediência ao comando judicial. A coação tem que ser efetiva.
> 2. Multa fixada com observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade: No caso particular dos autos, verifica-se que a multa não foi fixada em valor superior ao atribuído à causa. Sendo esse o contexto, é de se concluir que foram observados o princípio da proporcionalidade (cuida-se de uma instituição bancária de grande porte) e o da razoabilidade, pois o valor de R$ 1.000,00 com certeza não ultrapassa a capacidade de solvência do banco agravante sendo, ao mesmo tempo, elevado o suficiente a compeli-lo a obedecer à ordem judicial. É assim que deve ser. É esse o espírito da norma.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no Ag 713.962/PR, de minha relatoria, QUARTA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 16/11/2009)

No caso, verifico que o *dies a quo* da cobrança da multa é o dia 24/10/2006, data na qual a apelante fora intimada para cumprir a decisão antecipatória da tutela, confirmada na sentença recorrida (fls. 220/225).

Nesse sentido, novamente o STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. MULTA COMINATÓRIA. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR.
> 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o *dies a quo* da multa cominatória inicia com a intimação pessoal do devedor para cumprimento da obrigação.
> 2. No caso presente, consta no acórdão recorrido que a decisão que fixou a multa cominatória, apesar de ter sido objeto de inúmeros recursos, já transitou em julgado e tem força executiva.
> Agravo regimental improvido.
> (AgRg no AgRg no REsp 1308518/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 02/10/2012)

Assim, a considerar o termo inicial da incidência da multa consignada na decisão recorrida (26/10/2006), atualmente superaria a quantia de R$ 2,5 (dois e meio) milhões de reais, o que soa, indubitavelmente, desproporcional ao fim colimado, qual seja, o de coagir a apelante a cumprir a decisão objurgada. Realmente, essa quantia significaria sensível baque nas contas da operadora de plano de saúde, a comprometer o seu funcionamento, situação esta que não interessa à apelada, ante o desejo de ver satisfeita a sua pretensão.

Consequentemente, tendo em vista a extraordinária estimativa pecuniária acima descrita, revela-se a multa cominatória, atualmente, nos termos em que fixada, inapta a revelar seu caráter coercitivo, conquanto inexistirá suporte financeiro da operadora do plano de saúde em pagar o débito.

Sobre a temática, pontua João Paulo Bocalon, *verbis*:

> "Não é lógico coagir o devedor a realizar algo que não mais pode ser realizado. Se a multa for imposta nessa hipótese, não terá ela nenhum caráter coercitivo, pois estará completamente descaracterizada diante da impossibilidade prática de realização do ato."
> *In* O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA MULTA COERCITIVA, REPRO 196/67

Cumpre ressaltar, ademais, que a incidência da multa diária de R$ 1.000,00 (um mil reais), por um único dia, excede o valor orçado para a cirurgia, R$ 675,91 (seiscentos e setenta e cinco reais e sessenta e três centavos), segundo a apelante, fato que constitui fundamento suficiente para evidenciar o despropósito do montante pecuniário fixado (fl. 247).

Feitas tais considerações, a teor do art. 461, § 6º do CPC, entendo prudente reduzir a multa cominatória aplicada.

DISPOSITIVO

Diante do exposto:

1) NÃO CONHEÇO do Agravo Retido;

2) CONHEÇO do Recurso de Apelação, **DANDO-LHE PARCIAL PROVIMENTO** apenas para reduzir o *quantum* da multa acumulada ao montante de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), revogando, por conseguinte, a multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais) aplicada na decisão recorrida.

No mais, deverá prevalecer os demais termos da sentença.

Fortaleza, 17 de fevereiro de 2014.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0415126-34.2010.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTE: J. TOLEDO DA AMAZÔNIA IND. E COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.
APELADO: JOSÉ DELANO GERALDO
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. COMPRA DE MOTOCICLETA. IMPOSSIBILIDADE DE SE REALIZAR O EMPLACAMENTO. EXISTÊNCIA DE OUTRA MOTO DO MESMO MODELO E COM O MESMO NÚMERO DE CHASSI. IRREGULAR DUPLICIDADE DA NUMERAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA APELANTE (FABRICANTE DO VEÍCULO), NOS TERMOS DO ART. 12, *CAPUT*, DO CDC. REDUÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO POR DANOS MATERIAIS. REFORMA, DE OFÍCIO, DA PARTE DA SENTENÇA QUE TRATOU SOBRE O INÍCIO DA CORREÇÃO MONETÁRIA DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E DOS JUROS MORATÓRIOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A Promovida, ora apelante, é parte legítima para figurar no polo passivo do litígio, vez que, na condição de fabricante da motocicleta, é ela a titular do interesse que resiste ao pleito autoral.

2. Não se admite a denunciação da lide se o denunciante pretende imputar a responsabilidade pelo evento danoso a terceiro. Além disso, o art. 88 do CDC veda a denunciação da lide em se tratando de relação de consumo, hipótese em discussão.

3. Já decidiu o STJ que "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" (STJ, AgRg no AREsp 177490/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 29.06.2012). Ademais, a Apelante não

impugnou a decisão que anunciou o julgamento antecipado da demanda, operando-se, assim, a preclusão temporal, não podendo ser renovada a discussão em sede de apelação, nos moldes dos arts. 245 e 473 do CPC.

4. Por existir outra moto do mesmo modelo e com o mesmo número de chassi da motocicleta zero km adquirida pelo Apelado, o DETRAN/CE recusou-se a fazer o emplacamento, devendo ser aplicado à espécie o art. 12, *caput*, do CDC, visto que a Recorrente, por ter fabricado a moto, responde, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos ao veículo.

5. Não tendo a Apelante demonstrado a culpa exclusiva de terceiro, ônus que lhe cabia, não há como ser afastada a sua responsabilidade, devendo, portanto, responder pelos danos materiais causados ao Recorrido em decorrência da irregular duplicidade da numeração.

6. Reforma, de ofício, da parte da sentença que tratou sobre o início da correção monetária do valor da indenização por danos materiais e dos juros moratórios. No que tange à correção monetária, destaco que, "nos termos do enunciado 43 da Súmula do STJ, a correção monetária, em caso de danos materiais, corre desde a data do evento danoso" (STJ, EDcl no REsp 538279/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 29.08.2012). Relativamente aos juros moratórios, salienta que, em se tratando de responsabilidade contratual, caso dos autos, o STJ já decidiu que "os juros moratórios possuem como termo inicial a data da citação" (STJ, EDcl no REsp 538279/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 29.08.2012).

7. 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 o momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos materiais e dos juros moratórios, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cogita-se de Apelação manejada por J. Toledo da Amazônia Indústria e Comércio de Veículos Ltda., adversando a sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação de indenização por danos materiais proposta em seu desfavor por José Delano Geraldo, julgou procedente o pedido.

Na peça introdutória (f. 148-158), alega o Autor que, em 31.05.2007, adquiriu moto Suzuki/Intruder 125 2006/2007 zero km, cor azul, faturada pela concessionária da Requerida em Fortaleza Global Motos Comércio e Serviços em Motocicletas Ltda., pagando à vista o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Afirma o Promovente, além disso, que não conseguiu emplacar o aludido veículo junto ao DETRAN/CE, haja vista a existência, no Estado de São Paulo, de outra moto do mesmo modelo e com o mesmo número de chassi da sua, alienada ao Banco Panamericano S/A.

Argumentando que, em virtude da impossibilidade de se realizar o emplacamento, a sua motocicleta foi recolhida, em 08.03.2010, ao depósito do DETRAN/CE, local onde permanece retida, postulou o Demandante o recebimento de indenização por danos materiais em montante equivalente a R$ 5.401,02 (cinco mil quatrocentos e um reais e dois centavos), assim composto:

a) R$ 5.000,00 (cinco mil reais) – valor da moto;

b) R$ 292,02 (duzentos e noventa e dois reais e dois centavos) – quantia gasta em revisão feita na motocicleta;

c) R$ 109,00 (cento e nove reais) – soma utilizada na compra de pneu e na troca de óleo do veículo.

Contestando o feito, a Demandada suscitou, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva *ad causam* e a necessidade da denunciação da lide ao Banco Panamericano S/A, requerendo, no mérito, fosse julgado totalmente improcedente o pleito inicial (f. 179-186).

Em sentença de f. 203-214, o Juiz *a quo*, ao tempo em que rejeitou as preliminares levantadas pela Promovida, julgou procedente o pedido prefacial, condenando a Requerida a reparar os danos materiais indicados na peça vestibular (R$ 5.401,02), com correção monetária e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir do ajuizamento da presente ação, além das custas processuais e dos honorários

advocatícios, os quais foram arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

A Apelante, em suas razões recursais (f. 249-254), aduz, em sinopse, que:

a) é parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente demanda, vez que o Banco Panamericano S/A foi o responsável pela incorreta inclusão do gravame, fato que impossibilitou o emplacamento do veículo, motivo pelo qual deveria ter havido a denunciação da lide à citada instituição financeira, a qual deve responder por eventuais danos causados ao Apelado;

b) houve cerceamento de sua defesa, pois, em virtude do julgamento antecipado da lide, não lhe foi dada a oportunidade de produzir provas;

c) além de não ter praticado qualquer ato ilícito, os alegados danos materiais não foram comprovados, o que enseja a improcedência do pleito exordial.

Pugna a Recorrente, enfim, pelo provimento do recurso, para que, acaso não seja o feito extinto, sem resolução de mérito, que seja anulada ou reformada a sentença vergastada.

Em suas contrarrazões (f. 260-267), o Apelado requer o improvimento do apelo, mantendo-se integralmente a sentença combatida.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso merece apenas parcial provimento. Ademais, deve ser reformada, de ofício, a parte da sentença que tratou sobre o momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos materiais e dos juros moratórios.

Argumenta a Apelante que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação em tela, pois, no seu modo de entender, o ato ilícito (inclusão do gravame indevido) foi praticado pelo Banco Panamericano S/A, o qual, além de ter condições de eliminar a restrição que impediu o emplacamento da moto comprada pelo Apelado, deve arcar com as consequências advindas da ilicitude.

Razão não lhe assiste.

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)

Ressalto, por oportuno, que, diferentemente do que alega a Recorrente, não foi o apontado gravame (o qual, inclusive, não diz respeito à moto adquirida pelo Recorrido) que impediu o emplacamento do veículo, mas sim a esdrúxula e anormal duplicidade de chassis.

Dessa forma, é patente a legitimidade de ambas as partes, na medida em que o Promovente, ora apelado, é o legitimado ativo (titular do interesse afirmado na pretensão), sendo a Promovida, ora apelante, a legitimada passiva do litígio em tablado, vez que, na condição de fabricante da motocicleta, é ela a titular do interesse que resiste ao pleito autoral.

Ademais, alega a Recorrente que o Juiz *a quo* deveria ter acolhido o pedido de denunciação da lide ao Banco Panamericano S/A.

O art. 70, III, do CPC, utilizado pela Apelante para fundamentar o pleito formulado em 1º Grau, dispõe que, *in verbis*:

> Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:
> […]
> III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

De acordo com o dispositivo, a denunciação da lide é aplicável àquele que estiver obrigado, por lei ou por contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem perder a demanda.

No caso em tela, o Magistrado *a quo*, acertadamente, indeferiu a súplica, pois a Apelante queria imputar a culpa pela impossibilidade do emplacamento à instituição financeira, não se prestando a tal finalidade o instituto da denunciação da lide, o qual apenas assegura o direito de regresso.

Nesse diapasão, o seguinte julgado do STJ:

> […] DENUNCIAÇÃO DA LIDE. ART. 70, III, DO CPC. DESCABIMENTO. […] 1. Não se admite a denunciação da lide com fundamento no art. 70,

> III, do CPC se o denunciante objetiva eximir-se da responsabilidade pelo evento danoso, atribuindo-o com exclusividade a terceiro. […] (STJ, AgRg no REsp 1115952/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, DJe 30.06.2010)

Desse modo, o acolhimento da postulação subverteria a própria razão de ser do instituto, máxime diante da ausência de prejuízo à Recorrente, que poderá exercer o seu direito em ação própria, se assim achar conveniente.

Saliento, ainda, que o art. 88 do CDC[1] veda a denunciação da lide em se tratando de relação de consumo, hipótese em discussão.

Nesse sentido, os seguintes arestos:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - RELAÇÃO DE CONSUMO - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - IMPOSSIBILIDADE […] Nos termos do art. 88 do CDC existe vedação expressa à apresentação de denunciação da lide em demanda envolvendo relação de consumo. […] (TJMG, Apelação Cível 5633882-17.2009.8.13.0145, Rel. Des. Valdez Leite Machado, 14ª Câmara Cível, julgamento em 07.02.2013, publicação em 22.02.2013)

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. […] RELAÇÃO DE CONSUMO. DENUNCIAÇÃO À LIDE. IMPOSSIBILIDADE. […] - Nos termos do art. 88 do CDC, é vedada a denunciação da lide em demanda envolvendo relação de consumo. […] (TJMG, Apelação Cível 0010186-63.2011.8.13.0421, Rel. Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, julgamento em 06.02.2013, publicação em 18.02.2013)

De mais a mais, sustenta a Recorrente que, por ter havido o julgado antecipado da lide, não lhe foi dada a oportunidade de produzir provas, sendo manifesto o cerceamento de sua defesa.

O argumento não deve ser acolhido.

Na espécie, a Juiz da causa, reputando presentes os pressupostos legais, julgou o processo antecipadamente, por considerar que a instrução processual nada acrescentaria ao feito e por entender que a prova documental era suficiente para formar o seu convencimento.

No que tange ao julgamento antecipado da lide, o art. 330, I, do CPC estabelece que o juiz "conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença quando a

1 Art. 88. Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denunciação da lide.

questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência".

Analisando o art. 330 do CPC, Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa ensinam que:

> "O preceito é cogente: 'conhecerá', e não 'poderá conhecer': se a questão for exclusivamente de direito, o julgamento antecipado da lide é obrigatório. Não pode o juiz, por sua mera conveniência, relegar para fase ulterior a prolação da sentença, se houver absoluta desnecessidade de ser produzida prova em audiência". (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 483)

Sobre o tema, já decidiu o STJ que "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" (STJ, AgRg no AREsp 177490/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 29.06.2012).

Dessa forma, não há que se falar em cercamento de defesa no caso em apreço, tendo sido acertado o julgamento antecipado do processo, pois a documentação constante dos autos (f. 162-171 e f. 199) é suficiente para que se possa decidir a questão, afigurando-se desnecessária a produção de provas.

Demais disso, é importante salientar que a Apelante não impugnou a decisão que anunciou o julgamento antecipado da demanda (f. 200 e f. 202), operando-se, assim, a preclusão temporal, não podendo ser renovada a discussão em sede de apelação, nos moldes dos arts. 245 e 473 do CPC.

Nesse diapasão, os seguintes julgados deste Tribunal:

> APELAÇÃO CÍVEL - AGRAVO RETIDO - RECONSIDERAÇÃO DO JUÍZO *A QUO* - PERDA DO OBJETO - NÃO CONHECIMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO - JULGAMENTO ANTECIPADO - PRODUÇÃO DE PROVAS - PRECLUSÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA. […] 2. Como se vê à fl. 115, o juízo *a quo* anunciou o julgamento antecipado da lide sem qualquer insurgência das partes, embora regularmente intimadas. Dessa forma, ante à inércia do Apelante quanto à decisão acima noticiada, sem que houvesse a interposição do recurso de agravo - seja por instrumento, seja retido nos autos, sujeitou-se aos efeitos da preclusão temporal, não podendo renovar tal discussão em sede de apelação, nos termos dos artigos 245 e 473 do Código de Processo Civil. […] (TJCE, Apelação Cível 6438-69.2001.8.06.0000/0, Rel. Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira, 2ª Câmara Cível, registro em 01.12.2011)

> APELAÇÃO CÍVEL - FINANCIAMENTO DE VEÍCULO - REVISÃO CONTRATUAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - INOCORRÊNCIA - TRANSCORRIDO PRAZO SEM MANIFESTAÇÃO DA PARTE INTERESSADA - PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. 1. Tratando-se de matéria exclusivamente de direito, pois o pacto em tela é um contrato típico de adesão e, sendo assuntos amplamente discutidos nos Tribunais do país, tem-se como não necessária a prova pericial e testemunhal. 2. Cabe ao MM. juiz na direção do processo e na condição de destinatário final e imediato das provas, deferir ou indeferir a dilação das provas requeridas pelas partes, afastando aquelas desnecessárias, inúteis ou procrastinatórias, velando, assim, pela rápida solução do litígio. 3. Houve a devida publicação do despacho onde o magistrado de primeira instância anunciou o julgamento antecipado da lide, todavia a parte apelante deixou transcorrer o prazo sem qualquer manifestação, conforme certidão de decorrência de prazo nos autos, ocorrendo indubitavelmente a preclusão temporal, haja vista que aquele era o momento oportuno para a parte que se julgasse prejudicada se insurgisse. 4. Na espécie, não observo como reconhecer o alegado cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide, perfeitamente possível ante as circunstâncias do caso concreto e das provas então produzidas nos autos. […] (TJCE, Apelação Cível 38480-32.2005.8.06.0001/1, Rel. Des. José Mário dos Martins Coelho, 6ª Câmara Cível, registro em 07.06.2011)

Na hipótese, o Apelado não conseguiu emplacar motocicleta zero km por ele comprada à vista, sem qualquer restrição (reserva de domínio ou alienação fiduciária), conforme nota fiscal de f. 162, vez que, por existir outra moto do mesmo modelo e com o mesmo número de chassi da dele, o DETRAN/CE recusou-se a fazer o emplacamento, devendo ser aplicado ao caso o art. 12, *caput*, do CDC[2] , visto que a Recorrente, por ter fabricado a moto, responde, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos ao veículo.

Nos termos do art. 12, § 3º, I, II e III, do CDC[3] , a responsabilidade da

2 Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

3 Art. 12. […]
§ 3° O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:
I - que não colocou o produto no mercado;
II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Apelante somente seria afastada se restasse demonstrado que o produto não foi colocado no mercado, que inexiste qualquer defeito ou em caso de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, não se verificando qualquer desses casos na demanda em exame.

A alegada culpa exclusiva do Banco Panamericano S/A não restou comprovada, vez que, conforme foi dito, o emplacamento deixou de ser realizado pela indevida existência de dois chassis iguais, e não pelo gravame relacionado a uma das motocicletas (que não a do Recorrido).

Dessa forma, não tendo a Recorrente demonstrado a culpa exclusiva de terceiro, ônus que lhe cabia, não há como ser afastada a sua responsabilidade, na medida em que a ela compete, enquanto fabricante, colocar os chassis nas motocicletas, devendo, portanto, responder pelos danos materiais causados ao Apelado em decorrência da irregular duplicidade da numeração.

No que se refere ao valor da reparação por danos materiais, deve ser parcialmente modificada a sentença atacada, visto que as despesas relacionadas à revisão da motocicleta (R$ 292,02 – recibo de f. 170) e à compra de pneu e troca de óleo e filtro de óleo (R$ 109,00 – nota fiscal de f. 171) decorreram do uso efetivo da moto, não sendo cabível, por conseguinte, o recebimento de indenização por danos materiais no que concerne aos aludidos gastos.

Assim sendo, a única despesa que comporta reparação por danos patrimoniais é aquela que diz respeito ao valor de aquisição da motocicleta, comprovada pela nota fiscal de f. 162, em valor correspondente a R$ 5.000,00 (cinco mil reais), importando ressaltar que a restituição da quantia paga deve ser acompanhada da devolução da moto, consequência lógica da resolução contratual.

Não tendo o Magistrado de 1º Grau tratado adequadamente sobre o momento inicial da fluência da correção monetária do montante da indenização por danos materiais e dos juros moratórios, reformo, de ofício, essa parte da sentença.

No que tange à correção monetária, destaco que, "nos termos do enunciado 43 da Súmula do STJ[4] , a correção monetária, em caso de danos materiais, corre desde a data do evento danoso" (STJ, EDcl no REsp 538279/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 29.08.2012).

Relativamente aos juros moratórios, saliento que, em se tratando de responsabilidade contratual, caso dos autos, o STJ já decidiu que "os juros moratórios possuem como termo inicial a data da citação" (STJ, EDcl no REsp 538279/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 29.08.2012).

4 Súmula 43 do STJ: "Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo".

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, dando-lhe parcial provimento, apenas para reduzir o montante da indenização por danos materiais de R$ 5.401,02 (cinco mil quatrocentos e um reais e dois centavos) para R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e, de ofício, reformo a sentença combatida para estabelecer o momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos materiais como sendo a data do evento danoso, nos termos da Súmula 43 do STJ, e dos juros moratórios como sendo a data da citação, mantendo, no mais, o *decisum* impugnado.

Tendo o Autor sucumbido de parte ínfima do pedido, mantenho as custas da sucumbência em desfavor da Promovida, na sua integralidade.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

PROCESSO: 0480303-42.2010.8.06.0001 – APELAÇÃO
APELANTE: CIBELE MARY RAMOS NOGUEIRA
APELADO: BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL POR MEDIDA DE EXTENSÃO (*AD MENSURAM*). PRAZO DECADENCIAL DE UM ANO A CONTAR DO REGISTRO DO TÍTULO PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO *QUANTI MINORIS*. INTELIGÊNCIA DO ART. 501, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA AFASTADA. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL EM LEILÃO PÚBLICO REALIZADO PELO BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A. DIFERENÇA ENTRE A ÁREA ANUNCIADA NO EDITAL DE LEILÃO E AS REAIS DIMENSÕES DO IMÓVEL ADQUIRIDO PELA PARTE APELANTE. SUPRESSÃO DE MAIS DE 20% (VINTE POR CENTO) DA EXTENSÃO DE TERRENO ANUNCIADA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ALUSÃO AOS LIMITES E CONFRONTAÇÕES DO IMÓVEL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE VENDA *AD CORPU*S NO CASO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. RESPONSABILIDADE QUE INDEPENDE DE CULPA. ITEM Nº 23 DO EDITAL DE LEILÃO. ESTIPULAÇÃO DE PRAZO E COMINAÇÃO DE MULTA PARA A HIPÓTESE DE MORA NO REGISTRO DE TÍTULO TRANSLATIVO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO BANCO APELADO PELA DEMORA NO INÍCIO DO PROCEDIMENTO REGISTRAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I – O termo *a quo* do prazo decadencial para o ajuizamento das ações previstas no art. 500 do Código Civil é a data do registro do título – e não da prenotação no protocolo do registro imobiliário, como concluiu o juízo *a quo*. Inteligência que se

extrai da literalidade da norma prevista no art. 501 da lei civil de regência.

II – No caso dos autos, o negócio jurídico firmado entre as partes configura-se como **venda de imóvel por *medida de extensão*** (*ad mensuram*). Tal inferência é confirmada pelo fato de o Edital de Leilão Público lançado pela parte recorrida (nº 13/2003) e a Nota de Arrematação especificarem, unicamente, a dimensão do terreno alienado (55m²), bem como sua área construída (39 m²) e o preço a ser pago (R$ 9.833,95), sem qualquer **informação prévia** sobre a delimitação geográfica, marcos e confrontações precisas do imóvel. Em vista disso, não se mostra possível considerar que a referência às dimensões do bem como foi "*apenas enunciativa*" para o negócio jurídico em questão; ou, tampouco que o negócio jurídico firmado entre as partes deu-se na modalidade *ad corpus* – como defende o recorrido.

III – Na espécie, vislumbra-se significativa diferença entre a área anunciada pelo Edital de Leilão (55m²) e as reais dimensões do terreno adquirido pela apelante (42,5m²), o que representa supressão de mais de 20% (vinte por cento) da área total apregoada pelo ato editalício.

IV - Ora, ao fazer constar do Edital de Leilão referência à área diversa àquela encontrada no bem, vê-se, por certo que o Banco apelado, **induziu à apelante a erro** (ainda que não dolosamente) e **agiu de forma inaceitavelmente contraditória, à luz do princípio da boa-fé objetiva** (art. 422, do CC/2002). E **dentro desse contexto, não subsistem dúvidas de que o Banco apelado descumpriu alguns dos** deveres contratuais anexos oriundos do referido princípio, tais como os deveres de **lealdade**, **informação** e **colaboração**.

V - A conduta contraditória é representada pela expressão latina do *"venire contra factum proprium*", sendo coibida, em nosso ordenamento jurídico, na medida em que a "..***ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente****, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé*".

(Neste sentido: REsp 1192678/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 26/11/2012).

VI - Dentro desse contexto, tem o Banco apelado, portanto, plena responsabilidade pela veracidade e validade das informações por ele próprio veiculadas. Mesmo porque, ao estabelecer as regras, condições e modo de participação e realização do alienatório, o Edital de Leilão vincula e obriga às partes aos termos anunciados. Com efeito, a apelante subordinou-se e obrigou-se – *sem direito de arrependimento* - ao cumprimento integral do Edital de Leilão, sobretudo por força do item de nº 11 [nos termos do qual,"*O oferecimento do lanço para aquisição de bens de que trata este Edital importa na total aceitação das normas no mesmo fixadas (...)*"] – criando, assim, expectativas legítimas quanto às medidas e demais características essenciais do imóvel em questão.

VII - Sublinhe-se que o art. 187, do CC/2002 considera ato ilícito o exercício do direito com excesso aos limites impostos pela boa-fé objetiva, o que, aliás, independe da aferição de culpa, consoante a linha de compreensão majoritária sobre a matéria, vide Enunciado nº 24, do Conselho da Justiça Federal, "*... A violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento independentemente de culpa*".

VIII - O Item de nº 23 do Edital de Leilão prescreve um prazo de 60 (sessenta) dias para o registro do título a partir da outorga da escritura pública de compra e venda. Estipula, ainda, cláusula penal – consubstanciada na multa diária de 1% sobre o valor do imóvel - para a hipótese de mora na efetivação do registro. O fato gerador da multa, portanto, é a demora na realização do registro do título translativo.

IX - Há de se ter presente, no caso, que uma vez firmada a escritura pública de compra e venda, a parte apelante poderia ter, imediatamente, levado a registro o título translativo de propriedade, e isto sem qualquer prejuízo do ajuizamento posterior de ação *ex empto* e *quanti minoris*, com base no art. 500, do Código Civil, ou de demanda indenizatória por danos morais.

X - Em verdade, conclui-se que, apesar das pendências verificadas em relação ao imóvel adquirido, não se pode atribuir ao Banco apelado o fato gerador da multa, qual seja a mora (no caso de mais de 6 anos) no registro da escritura de compra e venda, pois, esta – ao menos do que deflui dos autos – já havia desde 2003 sido outorgada à apelante, possibilitando, desta forma, a pronta deflagração do procedimento registral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e dar parcial provimento à apelação interposta pela parte promovente, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 2 de abril de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se, em suma, de uma APELAÇÃO CÍVEL interposta por CIBELE MARY RAMOS NOGUEIRA, objetivando, em síntese a reforma da sentença proferida às pg. 129/131, pela qual o JUÍZO DA 13ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA, com fulcro no art. 501, *caput*, do Código Civil de 2002, reconheceu a decadência do direito de propositura das ações previstas no art. 500, *caput*, CC/2002, ao mesmo tempo em que pronunciou, de ofício, a prescrição da pretensão autoral de reparação civil, para o fim de determinar a extinção, com resolução de mérito da AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS proposta pela ora recorrente em face do BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A.

Por meio da petição inicial de pg. 01/11, a parte promovente, ora apelante, narra que:

No dia 21 de fevereiro de 2013, participou de um Leilão Público (Edital de nº 2003/13) realizado pelo promovido, no qual adquiriu um imóvel (lote de nº 68), no valor de R$ 9.833,95 (nove mil oitocentos e trinta e três reais e noventa e cinco centavos), quantia esta que foi paga à vista, uma semana após a compra – vide descrição do bem à pg. 27.

Em razão de o pagamento ter se efetivado à vista, a escritura definitiva de compra e venda deveria ter sido lavrada no prazo de 30 (trinta) dias da concretização do negócio jurídico, conforme previa a Cláusula de nº 23 do mencionado edital de leilão;

Ocorreu, todavia, que, ao ser procurada para assinar a escritura definitiva, ficou sabendo que a dimensão do terreno adquirido era diferente daquela constante do edital, razão pela qual, inicialmente, negou-se a firmar o documento nos termos em que lhe fora apresentado. Nesse tocante, esclarece, *in verbis* (pg. 05):

> "...de acordo com a descrição do lote no Edital, a Requerente adquiriu uma 'área construída de 39,00m², encravada em terreno com 55,00 m², conforme informava o Edital em seu Anexo I, Lote 68.
> No entanto, para sua desagradável surpresa, ao tentar fazer o registro do terreno fora observado que na escritura do mesmo, encontravam-se medidas inferiores àquelas que foram ofertadas, uma área de apenas 42,50m² e com a descriminação totalmente diferente do que havia sido pago e do que se discrimina no próprio documento do Requerido, onde informa em uma Planta de Situação com áreas legais, que o terreno possui 55,20 m²".

Com efeito, segundo a apelante, embora tenha requerido administrativamente a retificação da escritura de compra e venda, acabou - induzida pelo BNB S.A. - por assiná-la, a fim de se conferir maior segurança ao negócio jurídico entabulado.

Para tentar solucionar o problema da maneira mais prática, tentou adquirir o restante do terreno (12,50 m²) por meio de outro Leilão Público, não logrando êxito, porém, em tal investida. Deste modo, para não perder de todo o imóvel, registrou a compra do terreno, mesmo faltando os aludido 12,50m², *"antes que surgisse algum problema com o novo proprietário do terreno que o cercava*".

De acordo com a recorrente, a supressão da área mencionada de seu terreno compromete o acesso ao imóvel, trazendo-lhe transtornos, e causando-lhe danos morais e materiais. Em primeiro lugar, porque pagou, mas não recebeu o que lhe era devido pelo Banco apelado, que não cumpriu sua parte na execução do contrato. Em segundo lugar, porque, segundo diz, passou sete anos "*sendo enganada*" (pg. 07) pelo BNB S.A, que, por sua vez "*sempre prometia uma solução para o caso, impedindo assim, a dissolução do negócio e a possibilidade da Requerente* [ora apelante] *procurar outras alternativas para seu investimento econômico*. E, enfim, porquanto teve suas expectativas e sonhos frustrados diante da venda de parte do bem a terceiro de boa-fé.

Ao final, a promovente/apelante requereu, a título de danos materiais a devolução do valor pago a maior, na proporção da redução do terreno, devidamente corrigido desde a data do efetivo pagamento do valor do bem.

Ainda a título de danos materiais, que seja aplicada em desfavor do Banco promovido, ora apelado, a multa de 1% (um por cento) do valor do imóvel por dia, até a efetiva regularização da pendência sobre o imóvel, conforme previsão da Cláusula

nº 23 do Edital, o que implicaria até o dia de hoje na importância de R$ 277.220,46 (duzentos e setenta e sete mil duzentos e vinte reais e quarenta e seis centavos, montante correspondente ao transcurso de 2.819 (dois mil oitocentos e dezenove) dias ao valor da multa dia de R$ 98,34.

Por fim, como forma de reparação de danos, requer seja arbitrado *quantum* indenizatório correspondente aos danos morais sofridos.

Juntamente com a exordial vieram os documentos lançados às pg. 12/73, entre os quais se destacam: o Edital de Leilão Público nº 2003/13 e Anexo I (pg. 16/48), Instrumento Particular de Compromisso de venda e compra de imóvel (pg. 52/56); Nota de Arrematação (pg. 59); Escritura Pública de Compra e Venda (pg. 68/71) e Registro do Imóvel pg. (72/73).

A resposta do BNB S.A. veio sob a forma de contestação, às pg. 85/92.

Em suas razões impugnativas, o promovido arguiu, inicialmente, preliminar de mérito de decadência. Nesse particular, defende que a parte autora decaiu do direito de exigir a complementação da área faltante ou de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço pago, conforme prevê o art. 500, *caput*, do Código Civil, pois teria deixado (a promovente) transcorrer o prazo decadencial de um ano para o exercício daquele direito, contado da data do registro do imóvel, como estabelece o art. 501, do mesmo diploma legal. Ressalta, deste modo, que o registro da escritura de compra e venda de 22/05/2003 foi realizada em 16 de novembro de 2009, mas a citação somente ocorreu em agosto de 2011, tendo decorrido, deste modo o prazo decadencial mencionado.

Sobre o mérito da lide, argumenta, em síntese, que "*a área vendida é igual a área real do bem em questão, não havendo diferença entre ambas*".

De mais a mais, sustenta, que: **a)** o pedido de indenização é "*absurdo*", eis que multiplica em trezentas vezes o valor pago pela propriedade, malferindo, ademais a "*razoabilidade*", bem como porque não se atém ao mero abatimento proporcional do preço; **b)** a mora no registro imobiliário ocorreu por culpa da autora que não realizou a prenotação da escritura no Cartório de Registro imobiliário no prazo estabelecido no edital, de sorte que o descumprimento da cláusula nº 23 do edital deve ser imputado à promovente. De tal forma, o demandado defende ser descabido o pagamento de multa diária de 1% (um por cento) sobre o valor do imóvel – que perfazeria o valor total de R$ 277.220,46 (duzentos e setenta e sete mil duzentos e vinte reais e quarenta e seis centavos).

Sobre a natureza da compra e venda do imóvel, argumentou que: "*restou provada a venda 'ad corpus', considerando a escritura de compra e venda que*

demonstra a área real da propriedade adquirida" (pg. 89), não havendo motivo, pois, para que, após seis anos, fosse reclamada área faltante do edital, mesmo porque esta seria meramente enunciativa, e uma vez que a promovente teve ciência da medida exata do bem ao anuir com os termos pactuados na escritura de compra e venda.

E, ao final, conclui o contestante (pg. 91):

> "Portanto, demonstrou-se que na operação as partes não estavam interessadas em medidas, mas no todo que compõe a propriedade, tanto é verdade que a escritura de compra e venda foi lavrada com as dimensões reais. Neste caso, não haverá complementação da área. Houve venda 'ad corpus' com aquiescência da compradora..."

Réplica às pg. 104/107.

A prolação da sentença extintiva de mérito (art. 269, inc. IV, do Código de Processo Civil) deu-se às pg. 129/131.

Como se depreende da decisão recorrida, a juíza de primeiro grau reconheceu a decadência do direito ao ajuizamento da ação visando ao abatimento de preço pago por imóvel, na hipótese prevista no art. 500, do Código Civil vigente, isto por considerar transcorrido o prazo decadencial de um ano estabelecido no art. 501, do mesmo diploma legal, já que – ***segundo a compreensão do magistrado*** - o registro do ato translativo de propriedade efetivou-se no dia 09 de novembro de 2009 (data de prenotação), enquanto a propositura da demanda somente ocorreu no dia 11 de novembro de 2010.

Invocou, nessa esteira, o disposto no art. 1.246, do Código Civil, segundo o qual "*O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro e este o prenotar no protocolo*".

Ademais, o juiz singular pronunciou, de ofício, a prescrição das pretensões reparatórias, uma vez que, nas palavras do julgador "*o prazo prescricional para essa espécie de ação é contado a partir da data do evento danoso,* in casu*, desde quando a autora tomou ciência da irregularidade perpetrada na aquisição do bem em desconformidade com o edital, o que ocorreu em maio de 2003, quando, segundo a própria autora, a promovida a induziu a assinar a escritura de compra e venda de fls. 67/70*" (pg. 130).

Inconformada, a parte promovente apelou da sentença às pg. 133/140.

Quanto ao prazo decadencial, a apelante esclarece, inicialmente (pg. 138):

> "Colenda Corte, sem muitas delongas é nítido o erro da MM Juíza a quo. Consoante Registro de Imóveis da 1ª Zona de Fortaleza, a Protocolização (Registro) ocorreu em 16 de novembro de 2009 (fl. 71-verso) e a ação

> foi devidamente aforada no dia 11 de novembro de 2010 (fl. 03 – verso), faltando, portanto, 06 (seis) dias para decair o direito".

Desta forma, argumenta, a apelante, que o instituto da "*prenotação*", prevista no art. 1.246, do Código Civil, tem por objetivo assegurar a precedência do direito real, frente a qualquer outro título apresentado posteriormente no cartório de imóveis. Assinala, ademais, que a prenotação tem validade temporária de 30 (trinta) dias, prazo para que ocorra o registro do imóvel. Caso não ocorra o registro do imóvel dentro do prazo citado, por culpa do requerente, a prenotação deve ser cancelada. Portanto – conclui a ora apelante – a prenotação não é garantia de registro, mas sim, da realização de todos os atos necessários para o efeito registro dentro de 30 (trinta) dias, pela ordem de prioridade alcançada na prenotação.

Em vista deste panorama, a apelante sustenta que o escopo da eficácia retroativa do registro (à data da prenotação) é garantir prioridade do direito real de propriedade frente a terceiros, de modo que o disposto no art. 1.246, do CC em nada se relaciona com a norma contida no art. 501, do diploma civilista, que estabelece o prazo decadencial de um ano para o direito, conferido ao comprador de imóvel, de exigir, alternativamente: o complemento da área faltante (em relação à medida de extensão declarada pelo vendedor), a resolução do contrato; ou o abatimento proporcional do preço pago.

O Banco promovido apresentou contrarrazões recursais às pg. 148/155, reiterando e destacando a pertinência das preliminares de decadência e prescrição acolhidas na sentença hostilizada.

Em primeira manifestação no feito (pg. 165), determinei que o Registro de imóveis da 1ª Zona de Fortaleza esclarecesse a este juízo a que se referiam as datas consignadas na averbação de nº "R.04" do registro do bem objeto da lide, isto para o fim de melhor aferir eventual decadência do direito previsto no art. 500, do Código Civil, haja vista que, na ocasião, pairavam dúvidas sobre a data de prenotação do título e de seu efetivo registro.

Sobreveio a informação requisita às pg. 169/172.

À pg. 173, lancei relato expositivo do presente feito. Na sequência, tornei-o sem efeito, conforme despacho de pg. 175.

Ambas as partes se pronunciaram sobre a informação prestada pelo douto Oficial Cartorário, respectivamente, às pg. 178 e 180/184 destes autos.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

De início, conheço do recurso apelatório interposto pela parte promovente, uma vez que presentes, na espécie, os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade recursal.

I – PRELIMINAR DE MÉRITO (DECADÊNCIA)

Imperioso se faz, desde logo, examinar a questão preliminar de mérito acolhida na sentença, concernente, no caso, à decadência do direito de ajuizar as ações previstas no art. 500, do Código Civil de 2002, que assim dispõe:

> "Art. 500. Se na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço".

O art. 501, *caput*, do CC/2002, com efeito, estabelece prazo decadencial para o ajuizamento das ações previstas no dispositivo legal precedente, rezando que: "*decai do direito de propor as ações previstas no artigo antecedente o vendedor ou o comprador que não o fizer no prazo de um ano,* ***a contar do registro do título***". (grifei)

No caso dos autos, observa-se que a juíza de primeiro grau acolheu a preliminar de decadência suscitada pelo Banco Promovido, por entender que o prazo decadencial previsto no art. 501, da lei civil, poderia ser contado a partir ***da data da prenotação do título no livro de protocolo*** do registro imobiliário. Segundo a compreensão da magistrada, tal conclusão tem amparo na interpretação combinada do art. 501 com o art. 1.246, ambos do Código Civil, haja vista este último dispositivo proclamar que "*O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo*".

Veja-se que, na espécie, a ação foi ajuizada pela parte promovente exatamente após um ano do registro do título, ou seja, em 16/11/2010.

Dito isso, deve-se afastar o raciocínio empregado na sentença quanto à contagem do prazo decadencial.

É que, seguramente, **a regra preceituada no art. 1.246, do CC/2002, não induz, de qualquer forma, a antecipação da contagem do prazo decadencial de um ano previsto no art. 501 da lei civil de regência.**

A uma, porque a redação desse último dispositivo (art. 501, CC/2002) não deixa margem à interpretação diversa, ao estabelecer que **o termo *a quo* do prazo de caducidade para o ajuizamento das ações previstas no art. 500 do Código Civil é a data do registro do título – e não da prenotação no protocolo do registro imobiliário, como concluiu o juízo *a quo*.**

A duas, pois a única finalidade da norma inscrita no art. 1.246, do CC/2002 é, estabelecer uma hierarquia cronológica entre títulos relativos a um mesmo bem, consagrando, assim, o princípio da prioridade. Destarte, "*num concurso de direitos reais sobre o mesmo imóvel, estes não ocupam todos o mesmo posto, mas se graduam ou classificam por uma relação de precedência fundada na ordem cronológica do seu aparecimento*". Com a prenotação, portanto, o adquirente tem, desde logo, garantido,com eficácia *erga omnes*, a precedência de seus direitos face a terceiros, diante de eventual concurso de direitos reais – o que não tem correlação, direta ou indireta, com o início do aludido prazo decadencial.

Quanto a este aspecto, traz-se aqui o magistério de FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO:

> ".Entre o protocolo do título e seu efetivo registro decorre certo tempo para que o oficial faça a qualificação, fixado em um máximo de trinta dias no art. 188 da Lei de Registros Públicos. O registro,porém, é feito com a data do protocolo e todos os seus efeitos a ela retroagem, pois a eficácia erga omnes nasce com a prenotação. (...)
> Tem o princípio da prioridade o escopo principal de evitar o conflito de títulos contraditórios, ou seja aqueles que têm por objeto direito que não podem coexistir, relativos ao mesmo imóvel, cuja força dependa da ordem de ingresso no registro imobiliário (ORLANDI NETO, Narciso. Retificação do registro de imóveis. São Paulo, Oliveira Mendes, 1997, p.62). Os títulos serão protocolados e prenotados na seqüência rigorosa de sua apresentação, como determina o art. 182 da Lei 6.015/73. O art. 186 dispõe que 'o número de ordem determinará a prioridade do título e esta a preferência dos direitos reais, ainda que apresentados pela mesma pessoa mais de um título simultaneamente'" *(In* Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência – 3ª edição. São Paulo, 2009, p. 1207)

A três, para além das considerações sobre a teleologia da regra legal em comento, porque conferir exegese extensiva ao art. 501, do Código Civil – como se fez no juízo de origem – vai de encontro ao conhecido postulado hermenêutico segundo o qual **não se deve interpretar ampliativamente uma norma restritiva de direito**.

Tanto que a jurisprudência dos tribunais não diverge a respeito da matéria:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA DE ÁREA DE 60.000,00 M² (SESSENTA MIL METROS QUADRADOS). PREÇO POR MEDIDA DE EXTENSÃO CONFIGURADO. VENDA AD MENSURAM. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE ÁREA POR ERRO NO REGISTRO. DECADÊNCIA RATIFICADA NA FORMA DO ARTIGO 501, DO CC/2002. CONTAGEM A PARTIR DO REGISTRO DO DOCUMENTO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. AJUIZAMENTO DA AÇÃO ULTRAPASSA O PERÍODO ÂNUO PERMITIDO EM LEI. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Decai do direito de propor as ações previstas no artigo 500 do Código Civil, o vendedor ou o comprador que não o fizer no prazo de um ano, a contar do registro do título. Inteligência do art. 501, do Código Civil. (TJ-SC - AC: 445789 SC 2011.044578-9, Relator: Saul Steil, Data de Julgamento: 26/09/2011, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Rio do Campo)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRETENSAO DE DEVOLUÇAO DE EXCESSO DE ÁREA VENDIDA - INAPLICABILIDADE DAS NORMAS RELATIVAS A VÍCIO REDIBITÓRIO - DECADÊNCIA AFASTADA - TERMO INICIAL DO PRAZO - REGISTRO DA VENDA - ART. 501, DO CÓDIGO CIVIL - RECURSO IMPROVIDO. (TJ-MS , Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Data de Julgamento: 07/02/2012, 4ª Câmara Cível)

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇAO REDIBITÓRIA NA MODALIDADE QUANTI MINORIS - PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA E DECADÊNCIA REJEITADAS. AGRAVO RETIDO IMPROVIDO - VENDA AD MENSURAM - COMPROVAÇÃO. APELAÇÃO IMPROVIDA. RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO. SEGUNDO O ART. 501 DO C. CIVIL DECAI DO DIREITO DE PROPOR AS AÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO ANTECEDENTE O VENDEDOR OU O COMPRADOR QUE NAO O FIZER NO PRAZO DE UM ANO, A CONTAR DO REGISTRO DO TÍTULO. DOS AUTOS VERIFICA-SE QUE AO CONTRÁRIO DO QUE DEFENDE O RECORRENTE, O REGISTRO DO TÍTULO DEU-SE EM DATA DE 31.01.07, DOC DE FLS. 15, E O AJUIZAMENTO DA AÇAO EM DATA DE 30.11.07, PORTANTO, DENTRO DO PRAZO LEGALMENTE PREVISTO. VALE AINDA RESSALTAR QUE O ART. 501 DO C. CIVIL INVOCADO PELO APELANTE REFERE-SE A DECADÊNCIA, E O ART. 219 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL . (TJ-BA - APL: 2016532007 BA 20165-3/2007, Relator: MARIA DA PURIFICAÇÃO DA SILVA, Data de Julgamento: 10/05/2010, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL)

Sendo assim, deve ser cassada a sentença de primeiro grau, rejeitando-se a preliminar de decadência suscitada na contestação (pg. 85/91).

Tal medida, contudo, não impede esta Corte de avançar na análise das demais matérias integrantes do objeto litigioso, tendo em vista que o efeito translativo

dos recursos permite a cognição das questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro (art. 515, §1º, do Código de Processo Civil). Destarte, quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, como no caso, a apelação devolve ao tribunal o conhecimento das demais. É esta a dicção do art. 515, §2º, do CPC.

Ilustrativa é a exemplificação fornecida por NELSON NERY JÚNIOR:

> "Quando o juiz acolhe a preliminar de prescrição, argüida pelo réu na contestação, deixa de examinar as demais questões discutidas pelas partes. Havendo apelação, o exame destas outras questões não decididas pelo juiz fica transferido para o tribunal, que sobre elas pode pronunciar-se" (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante – 10ª edição revista, ampliada e atualizada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 857).

II – MÉRITO:

Afastada a preliminar, passo, na sequência, a apreciar as questões meritórias remanescentes: quais sejam: (i) se assiste à parte promovente, ora apelante, o direito ao abatimento no valor pago pelo imóvel adquirido junto ao BNB S.A., em virtude de eventual divergência entre as dimensões anunciadas no Edital de Leilão, e efetiva área do imóvel; (ii) se a recorrente deve fazer jus ao valor da multa prevista na cláusula de nº 23 daquele edital, em razão da demora na efetivação do registro do título translativo de propriedade.

Sublinho que a pretensão de reparação por dano moral encontra-se, neste azo, prescrita, em virtude do decurso do prazo trienal previsto no art. 206, §3º, inc. V, do Código Civil, conforme já reconheceu o magistrado de piso na sentença hostilizada.

II.1 – DA NATUREZA DO NEGÓCIO JURÍDICO DE COMPRA E VENDA FIRMADO ENTRE AS PARTES E DO PEDIDO DE ABATIMENTO PROPORCIONAL DO VALOR PAGO PELO BEM:

Sabe-se que, na compra e venda de bem imóvel pela modalidade *ad mensuram*, as partes estipulam o preço por medida de extensão, sendo a medida do imóvel condição essencial ao contrato efetivado. Nesta hipótese, a **área do bem deve ter sido determinada e deve ter relevância para o adquirente**, **não sendo, portanto, apenas "enunciativa"**.

Em sendo a venda classificada como *ad mensuram*, se a área não corresponder ao que for pactuado e, ainda, o imóvel não tiver sido vendido como coisa certa e determinada, tem o comprador direito ao exercício das ações previstas no art. 500, *caput*, do CC/2002, com vistas a obter:

a) a complementação da área, por meio da ação *ex empto*;

b) o abatimento proporcional ao preço pago, por meio da ação *quanti minoris* – caso dos autos;

c) a resolução do contrato, com a devolução do que foi pago.

A venda *ad corpus*, por sua vez, contrapõe-se à primeira modalidade e se verifica quando o imóvel é vendido como "*coisa certa e determinada*", ou seja, quando há especificação nítida de seus limites geográficos, de modo que o bem é especificado por marcos descritivos e confrontações, de conhecimento de ambos os contratantes, sendo, a referência às dimensões, meramente enunciativa. Em tal situação, não haverá direito à devolução do excesso ou complemento da área, por força do art. 500, §3º, do CC/2002.

No caso dos autos, o negócio jurídico firmado entre as partes configura-se como **venda de imóvel por *medida de extensão*** (*ad mensuram*).

Tal inferência é confirmada pelo fato de o Edital de Leilão Público lançado pela parte recorrida (nº 13/2003) e a Nota de Arrematação especificarem, unicamente, a dimensão do terreno alienado (55m²); sua área construída (39 m²); e o preço a ser pago (R$ 9.833,95) - sem qualquer **informação prévia** sobre a delimitação geográfica, marcos e confrontações do imóvel.

Em vista disso, não se mostra possível considerar que a referência às dimensões do bem como foi "*apenas enunciativa*" para o negócio jurídico em questão; ou, tampouco que o negócio jurídico firmado entre as partes deu-se na modalidade *ad corpus* – como defende o recorrido.

Posta esta premissa, é de se ter em conta que, *in casu*, vislumbra-se significativa diferença entre a área anunciada pelo Edital de Leilão (55m²) e as reais dimensões do terreno adquirido pela apelante (42,5m²), o que representa supressão de mais de 20% (vinte por cento) da área total apregoada pelo ato editalício.

Ressalte-se que, em nenhum momento de sua contestação, o BNB S.A nega existir a multialudida divergência de dimensões, tornando tal fato incontroverso, e logo, presumidamente verdadeiro, independentemente de prova, haja vista o disposto no art. 302 c/c art. 334, inc. III, do CPC.

Ora, ao fazer constar do Edital de Leilão referência à área diversa àquela encontrada no bem, vê-se, por certo, que o Banco apelado, **induziu à apelante a erro**

(ainda que não dolosamente) e **agiu de forma inaceitavelmente contraditória, à luz do princípio da boa-fé objetiva** (art. 422, do CC/2002). E **dentro desse contexto, não subsistem dúvidas de que o Banco apelado descumpriu alguns dos** deveres contratuais anexos oriundos do referido princípio, tais como os deveres de **lealdade**, **informação** e **colaboração**.

Como vem apontando a doutrina de direito civil[1], o princípio da boa-fé objetiva constitui *standart* ético-jurídico, fundado na ideia de confiança nas relações jurídicas, possuindo entre outras funções normativas, a de tutela as legítimas expectativas dos contratantes e garantir a estabilidade e a segurança das transações. Tal princípio, com efeito, protege a confiança das relações negociais, vedando, **o comportamento desleal, abusivo e contraditório**.

A conduta contraditória é representada pela expressão latina do *"venire contra factum proprium*", sendo coibida, em nosso ordenamento jurídico, na medida em que a "..***ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente****, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé*". (Neste sentido: REsp 1192678/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 26/11/2012).

Tem o Banco apelado, portanto, plena responsabilidade pela veracidade e validade das informações por ele próprio veiculadas. Mesmo porque, ao estabelecer as regras, condições e modo de participação e realização do alienatório, o Edital de Leilão vincula e obriga às partes aos termos anunciados.

Com efeito, a apelante subordinou-se e obrigou-se – *sem direito de arrependimento* - ao cumprimento integral do Edital de Leilão, sobretudo por força do item de nº 11 [nos termos do qual,"*O oferecimento do lanço para aquisição de bens de que trata este Edital importa na total aceitação das normas no mesmo fixadas (...)*"] – criando, assim, expectativas legítimas quanto às medidas e demais características essenciais do imóvel em questão.

Expectativas estas que devem ser protegidas e satisfeitas, reitere-se, em atendimento ao princípio da boa-fé objetiva.

Sublinhe-se que o art. 187, do CC/2002 considera ato ilícito o exercício do direito com excesso aos limites impostos pela boa-fé objetiva, o que, aliás, independe da aferição de culpa, consoante a linha de compreensão majoritária sobre a matéria, vide Enunciado nº 24, do Conselho da Justiça Federal, "*... A violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento independentemente de culpa*".

1 FLÁVIO TARTUCE. Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos e contratos em espécie – 3 edição – São Paulo: Método, 2008.

Nesta mesma direção, é o magistério de FERNANDO NORONHA (O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais – São Paulo: Saraiva, 1994, p. 140):

> "*Isto significa que nem sempre a atuação não conforme à boa-fé (objetiva) será ilícita, mas, mesmo quando não ilícita (o que, repitamos, dificilmente se verificará na prática), em princípio continuará sendo geradora de responsabilidade (que caberá, portanto, nestes casos,* ***na chamada responsabilidade sem culpa, ou objetiva)***". [grifei]

Logo, o Banco apelado é responsável, objetivamente, pela a ausência de toda área de terreno que, embora constante do edital, não tenha sido efetivamente entregue à apelante.

Desta forma, assiste à apelante o direito ao abatimento do preço pago, na exata proporção da área do imóvel suprimida, isto é, 12,5m² (doze metros quadrados e meio), equivalente à diferença entre a dimensão anunciada no Edital de Leilão nº 2003/13, e aquela constante do registro do bem, tudo a ser devidamente calculado em sede liquidação de sentença.

II.2 – DO PEDIDO DE CONVERSÃO DA MULTA PREVISTA NO ITEM 23 DO EDITAL DE LEILÃO EM FAVOR DA APELANTE:

O Item de nº 23 do Edital de Leilão (pg. 19) estabelece:

> "A escritura definitiva, no caso de venda à vista, deverá ser lavrada e assinada em 30 (trinta) dias da concretização do negócio. O respectivo registro será feito dentro de 60 (sessenta) dias contados da outorga da escritura, sob pena de pagamento de multa diária de 1% (um por cento) sobre o valor do imóvel, devida desde o vencimento do prazo estabelecido e não cumprido até a efetiva regularidade da pendência".

A norma editalícia em alusão, como se infere claramente acima, prescreve um prazo de 60 (sessenta) dias para o registro do título a partir da outorga da escritura pública de compra e venda. Estipula, ainda, cláusula penal – consubstanciada na multa diária de 1% sobre o valor do imóvel - para a hipótese de mora na efetivação do registro.

O fato gerador da multa, portanto, é a demora na realização do registro do título translativo.

Ora, depreende-se da inteligência da norma editalícia, que a apelante não faz jus ao valor da mencionada multa.

Há de se ter presente, no caso, que uma vez firmada a escritura pública de

compra e venda, a parte apelante poderia ter, imediatamente, levado a registro o título translativo de propriedade, e isto sem qualquer prejuízo do ajuizamento posterior de ação *ex empto* e *quanti minoris*, com base no art. 500, do Código Civil, ou de demanda indenizatória por danos morais.

Em verdade, conclui-se que, apesar das pendências verificadas em relação ao imóvel adquirido, não se pode atribuir ao Banco apelado o fato gerador da multa, qual seja a mora (no caso de mais de 6 anos) no registro da escritura de compra e venda, pois, esta – ao menos do que deflui dos autos – já havia desde 2003 sido outorgada à apelante, possibilitando, desta forma, a pronta deflagração do procedimento registral.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** à presente Apelação Cível, para, reformar a sentença proferida no juízo de origem, a fim de reconhecer, em favor da parte apelante o direito ao abatimento proporcional do preço pago pelo imóvel descrito às pg. 72/73, nos termos do art. 500, *caput*, do Código Civil, condenando o apelado ao pagamento de quantia a ser calculada na exata proporção da área do imóvel suprimida, isto é, 12,5m² (doze metros quadrados e meio), equivalente à diferença entre a a dimensão anunciada no Edital de Leilão nº 2003/13, e aquela constante do registro do bem, tudo a ser devidamente calculado em sede liquidação de sentença.

Sem condenação de qualquer das partes ao pagamento de honorários advocatícios, uma vez que verificada a sucumbência recíproca na espécie.

É como voto, Sr. Presidente.

Fortaleza, 2 de abril de 2014.

PROCESSO: 0000487-70.2006.8.06.0113 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA UNICA DA COMARCA DE JUCAS
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PLEITO DE REFORMA E CONSTRUÇÃO DE CADEIA PÚBLICA. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO AFASTADA. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO, NO CASO CONCRETO, DE OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO APTA A JUSTIFICAR A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. SENTENÇA REFORMADA.

1. De acordo com a teoria da asserção, ou da *prospettazione,* conforme jurisprudência desta Corte Estadual e do colendo Superior Tribunal de Justiça, as condições da ação, dentre as quais se inserem a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, devem ser verificadas pelo juiz à luz, essencialmente, das alegações feitas pelo autor na inicial.

2. Nesse contexto, à luz das alegações feitas pelo autor, com esteio na jurisprudência firmada no Excelso Pretório, constata-se que, diferentemente do esposado pelo ente federativo recorrente, ao menos em tese, o Poder Judiciário, em caráter excepcional, pode, diante da omissão do Poder Executivo, determinar a implementação de políticas públicas a fim de assegurar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, sem que isso importe, obrigatoriamente, em violação ao princípio da separação e independência dos poderes insertos no art. 2º da Constituição Federal

3. Em relação ao mérito da contenda, porém, nos termos dos precedentes oriundos da Corte Constitucional brasileira, inobstante se admita, como já ressaltado, em situações excepcionais, a ingerência do Poder Judiciário ao Poder Executivo

com o fito de garantir a plena efetividade dos princípios e regras constitucionais, torna-se necessário o cotejo do panorama fático apresentado para, no caso concreto, não caracterizar usurpação de poder.

4. Sob esse enfoque, primeiro há que se cogitar o fato de que, por mais precária que esteja a unidade prisional do Município de Jucás, não houve demonstração, durante a instrução processual em primeiro grau, de que não foram obedecidos os requisitos mínimos exigidos pelo art. 88 da Lei de Execução Penal. Esse motivo, por si só, já seria suficiente para afastar a configuração de omissão estatal.

5. Não bastasse referido fato, apenas como forma de sedimentar o entendimento, mesmo que se chegasse à conclusão de desrespeito ao preconizado no artigo supracitado, constata-se, segundo os documentos colacionados pelo Estado do Ceará, que não há perpetuação da omissão por tempo superior ao aceitável, o que faz com que seja afastada a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário ao Executivo, porquanto, como já explicitado, não faz com que surja o direito de exigir, judicialmente, que a autoridade omissa pratique uma conduta positiva.

6. Cumpre salientar ainda que a questão relacionada à segurança pública e aos estabelecimentos carcerários não são os únicos problemas enfrentados pelo Poder Público, sendo que ao Estado ainda é imputado o dever de prover educação e saúde de qualidade, transportes públicos, e muitos outros serviços essenciais à coletividade.

7. Nesse caso concreto, portanto, ao nosso sentir, com a devida vênia, manter a procedência da ação civil pública para determinar que o Estado do Ceará realize referida obra, poderá implicar, indubitavelmente, em prejuízo a todos esses direitos e garantias também previstos na Constituição Federal. Assim, cabe ao Poder Executivo, e não ao Judiciário, sopesar a necessidade e possibilidade de execução de determinada obra pública em detrimento de outras. É o que a doutrina denomina de teoria da "reserva do possível"

Reexame necessário e Apelação Cível conhecidos e providos. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do Reexame Necessário e da Apelação Cível para dar-lhes provimento, reformando a sentença vergastada, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Fortaleza, 12 de fevereiro de 2014

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e Apelação Cível interposta pelo ESTADO DO CEARÁ em face de sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Jucás que julgou procedente a Ação Civil Pública intentada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ.

Em exordial (fls. 02/23), o órgão ministerial, em síntese, após apontar a situação precária em que se encontra a Cadeia Pública do Município de Jucás, postulou a condenação do Estado do Ceará para que proceda, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a reforma completa do estabelecimento ou a construção de um novo prédio, dotando-o com o número de agente prisionais suficientes para garantir aos detentos as condições de higiene, saúde, salubridade, segurança e outros direitos, inclusive a de seus familiares, bem como a segurança dos funcionários estaduais encarregados da custódia e da população em geral.

Anexou documentos às fls. 24/40.

O Estado do Ceará apresentou contestação (fls. 69/82), suscitando, preliminarmente, carência de ação por falta de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, defendeu a tese da reserva do possível como forma de limitar a intervenção judicial na implementação de políticas públicas.

Réplica às fls. 113/115.

Às fls. 134/153, o douto magistrado *a quo*julgou procedente a Ação Civil Pública para condenar o réu na obrigação de fazer nos termos como pleiteado na exordial. Ademais, ressaltou que, se restar comprovada inexistência de recursos financeiros destinados no orçamento para tal fim, determinou que o Estado do Ceará

incluísse a obrigação para o próximo exercício financeiro. Por fim, submeteu a sentença ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Irresignado com o *decisum,* Estado do Ceará interpôs recurso de apelação cível (fls. 161/168), ressaltando a impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário na administração orçamentária do executivo, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes e que essa ingerência indevida pode acarretar prejuízos à sociedade na medida em que será exigido um remanejamento de verbas, o que, muito embora venha a beneficiar determinado setor, no caso, o estabelecimento prisional, findará por prejudicar outro, como a saúde ou a educação do Estado. Logo, requer o provimento do recurso para que sejam julgados improcedentes os pedidos formulados na inaugural.

O Ministério Público apresentou resposta ao recurso (fls. 178/182), asseverando a possibilidade jurídica de determinação judicial para o Poder Executivo concretizar políticas públicas constitucionalmente definidas, inexistindo, portanto, afronta ao princípio da separação dos poderes.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do Reexame Necessário e da Apelação Cível.

Inicialmente, considerando que, além do recurso voluntário, é latente caso de remessa obrigatória, passo a analisar as preliminares aventadas na peça contestatória apresentada pelo Estado do Ceará.

Segundo afirma o réu, ora apelante, em suas razões, a Secretaria de Justiça e Cidadania já está implementando esforços para cumprir sua função política de garantir a segurança pública, em total consonância com as disposições previstas na Lei de Execução Penal, viabilizando, inclusive, a melhoria do sistema carcerário daquela municipalidade.

Assim, defende a ausência de objeto da demanda e a inexistência de interesse em acionar a tutela jurisdicional do Estado, ocasião em que pugnou pela extinção do processo sem julgamento do mérito, com esteio nos arts. 301,X e 267, VI, ambos do Código de Processo Civil.

Sobre as ponderações efetivadas nessa preliminar, insta asseverar que as mesmas, salvo melhor juízo, não são capazes, por si sós, de fulminar a pretensão do órgão ministerial, sem resolução do mérito por falta de interesse processual, haja vista que, embora a Fazenda Pública Estadual tenha demonstrado o intento em inspecionar

a unidade prisional com o fito de elaborar plano para reforma, não há, nos autos, comprovação de prática de atos concretos com o objetivo de solucionar o problema defendido na exordial.

Portanto, analisando o pedido inaugural à luz das informações trazidas pelo autor, ou seja, sem adentrar, nesse momento, ao mérito da pretensão instalada, constata-se o pleno interesse processual a justificar o prosseguimento da demanda, ocasião em que rejeita-se a primeira preliminar suscitada.

Prosseguindo no estudo das questões processuais que precedem a abordagem do mérito da contenda, ressai a questão atinente à suposta impossibilidade jurídica do pedido.

Segundo o apelante, o acolhimento da pretensão nos moldes como reclamado pelo autor implicaria numa imposição descabida do Poder Judiciário ao Poder Executivo, ensejando violação à Constituição Federal, especialmente ao princípio da independência dos poderes.

Sobre o assunto, urge salientar que a possibilidade jurídica do pedido deve ser entendida sob o aspecto da existência ou não de vedação no ordenamento jurídico do pleito requestado, o que tornaria inviável a concessão da pretensão. Nesse sentido, colhe-se lição de Nelson Nery Júnior:

> O pedido é juridicamente impossível quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Deve entender-se o termo 'pedido' não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas conjugado com a causa de pedir. Assim, embora o pedido de cobrança, estritamente considerado, seja admissível pela lei brasileira, não o será quando se tiver por causa petendi dívida de jogo (…). (Nery Júnior, Nelson. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pág. 437).

Assim, para fundamentar a extinção prematura do feito, o magistrado não pode adentrar ao próprio mérito da demanda, sob pena de haver confusão entre a ausência das condições da ação e a improcedência do pedido.

Ou seja, em análise de admissibilidade, o julgador, nos termos da "teoria da asserção" ou da *prospettazione*, deve enfrentar apenas, em tese, as questões relacionadas aos pressupostos processuais e às condições da ação. Para sedimentar esse entendimento, traz-se à colação os ensinamentos de Fredie Didier Jr., em sua obra Curso de Direito Processual Civil[1]:

1 (DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 12ª. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010, pág. 199/200.)

> Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial (in statu assertionis). "Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação". "O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito.
> Não se trata de um juízo de cognição sumária das condições da ação, que permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação far-se-ia nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito, ressalvados fatos supervenientes que determinassem a perda de uma condição da ação. A decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva. Chama-se de teoria da asserção ou da prospettazione.

A jurisprudência remansosa do colendo Superior Tribunal de Justiça adota a teoria da asserção, nos moldes da doutrina acima citada, senão veja-se:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO. TELEFONIA. RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO ANTECIPATÓRIA DOS EFEITOS DA TUTELA. CONEXÃO ENTRE RECURSOS ESPECIAIS ADVINDOS DA MESMA DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO DA 1ª INSTÂNCIA. REDES DE INTERCONEXÃO. VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M). AMBIENTE DE RELATIVA LIBERDADE DE INICIATIVA EMBORA SUBMETIDO À REGULAÇÃO DA ANATEL. TENDÊNCIA MUNDIAL NA DIMINUIÇÃO DOS PREÇOS DESTAS TARIFAS EM BENEFÍCIO DOS CONSUMIDORES E DA COMPETIÇÃO NO MERCADO RELEVANTE. FALTA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO FUNDAMENTADA. PROCESSO DE ARBITRAGEM EM TRÂMITE NA ANATEL. DECISÃO QUE SE CONSUBSTANCIA ATO ADMINISTRATIVO PASSÍVEL DE REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. INTERESSE PROCESSUAL PRESENTE. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA ASSERÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE SE CIRCUNSCREVEU AOS LIMITES DO PEDIDO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.
> (...)
> 21. Há interesse processual no ingresso da presente demanda, a qual se mostra necessária, adequada e conveniente para a tutela dos interesses expostos tanto na petição inicial, quanto nas demais manifestações

> elaboradas pela GVT. É óbvio, contudo, que sendo o direito de ação instrumental e abstrato, o direito discutido ainda não foi reconhecido na esfera judicial, visto que estamos tratando - tão somente - de decisão que antecipou os efeitos da tutela, dotada, por isso mesmo, dos atributos da transitoriedade e precariedade.
> 22. Ainda que assim não fosse, **de acordo com a teoria da asserção, conforme jurisprudência desta Corte, as condições da ação, dentre as quais se inserem a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, devem ser verificadas pelo juiz à luz, essencialmente, das alegações feitas pelo autor na inicial. Precedentes: REsp 1052680/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 06/10/2011; AgRg no REsp 668.552/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 10/08/2012; e, AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012.**
> 23. Na estreita via do recurso especial, cabe ressaltar que tendo a parte ora recorrida - a GVT - expressamente requerido na peça inicial a antecipação dos efeitos da tutela consistente na modificação dos valores que lhe são cobrados a título de VU-M, não há que se falar em julgamento extra petita por ter sido tal pedido deferido em via de liminar. Assim, não há julgamento extra petita quando a decisão se restringe aos limites definidos pelo pedido da petição inicial, razão pela qual não há que se falar na nulidade pretendida.
> 24. Recurso especial a que se nega provimento.
> (REsp 1275859/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012)

Dessa forma, à luz das alegações feitas pelo autor, com esteio na jurisprudência firmada no Excelso Pretório, constata-se que, em tese, diferentemente do esposado pelo ente federativo recorrente, o Poder Judiciário, em caráter excepcional, pode, diante da omissão do Poder Executivo, determinar a implementação de políticas públicas a fim de assegurar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, sem que isso importe, obrigatoriamente, em violação ao princípio da separação e independência dos poderes insertos no art. 2º da Constituição Federal. Nesse sentido:

> EMENTA **Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil pública. Ampliação da atuação da Defensoria Pública. Relevância institucional. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da Constituição Federal. 2. Agravo regimental não provido.**

> (STF - AI: 835956 Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABRIGOS PARA MORADORES DE RUA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Incabível o recurso extraordinário quando as alegações de violação a dispositivos constitucionais exigem o reexame de fatos e provas (Súmula 279/STF). **Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais. Precedentes. Agravo regimental desprovido**.
> (STF - RE: 634643 RJ , Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 26/06/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 10-08-2012 PUBLIC 13-08-2012)

Logo, o pedido se mostra plenamente possível de apreciação, merecendo ser mantida a rejeição dessa preliminar, sob pena de violação ao próprio direito de ação, elencado no Art. 5º, XXXV, da Carta Magna.

Em relação ao mérito da contenda, nos termos dos precedentes citados oriundos da Corte Constitucional brasileira, inobstante se admita, como já ressaltado, em situações excepcionais, a ingerência do Poder Judiciário ao Poder Executivo com o fito de garantir a plena efetividade dos princípios e regras constitucionais, torna-se necessário o cotejo do panorama fático apresentado para, no caso concreto, não caracterizar usurpação de poder.

Afirma-se, portanto, que a interferência do Poder Judiciário não pode se dar em todo e qualquer fato em que se discute a omissão do Poder Executivo na elaboração de políticas públicas que visem a melhoria do bem estar social, sob pena de transformar a exceção admitida pelo Supremo Tribunal Federal em regra de conduta, o que implicaria, indubitavelmente, em afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes.

A questão mostra-se, desta feita, muito subjetiva, fazendo com que a doutrina especializada se debruce sobre a preocupação decorrente da ausência de critérios objetivos para esse controle, atípico, de Políticas Públicas pelo julgador. Veja-se o pensamento de José dos Santos Carvalho Filho sobre o assunto:

> Neste passo, é oportuno ressaltar a bem constante discussão sobre o controle de políticas públicas, como resultado do desenvolvimento das ideias de "judicialização da política" (ou politização da justiça), segundo as quais se admite o que se tem denominado de "ativismo judicial", propiciando a intervenção do Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, em

> virtude da reconhecida ineficiência da administração. Embora tal ação provoque resultados de satisfação social, a doutrina se tem dividido quanto à sua admissibilidade e aos limites de semelhante intervenção. A verdade é que, sem embargo de ser esta admitida em algumas hipóteses, não o tem sido em outras, o que tem causado perplexidade entre os estudiosos pela ausência de parâmetros dotados de certa objetividade que possam indicar até onde será lícita essa interferência. A matéria é delicada e, como é de se esperar, ainda aguarda maior maturação no que concerne às soluções mais adequadas para solver o problema.

Feito esse prolegômeno, cumpre se averiguar, no caso concreto, se existem provas nos autos suficientes para assentar que o Estado do Ceará foi omisso, de fato, em relação as políticas de segurança pública, especialmente no que diz respeito as reformas do sistema carcerário como um todo, bem como se, constatada essa omissão, a determinação de obrigação de fazer, pelo Judiciário, no sentido de reforma ou construção de uma nova cadeia pública no Município de Jucás não acarretará prejuízos para as demais funções e responsabilidades estatais.

Em primeiro lugar, urge salientar que a doutrina administrativista considera que nem toda omissão do Poder Público implica necessariamente em afronta à legalidade.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho [2] , apenas as omissões específicas, ou seja, aquelas que estiverem ocorrendo mesmo diante de expressa imposição legal no sentido do *facere* administrativo em prazo determinado serão consideradas ilegais, aptas, portanto, a assegurar ao interessado o direito de exigir da autoridade omissa conduta positiva.

Ressalta ainda o renomado autor que, se não houver fixação de prazo na legislação específica para a conduta da administração, será considerada ilegal se a omissão for superior ao aceitável dentro dos padrões normais de tolerância ou razoabilidade.

Partindo dessa premissa, infere-se, na situação concreta, que a Lei de Execução Penal é expressa em assegurar a existência de uma Cadeia Pública em cada comarca, observando-se certas condições impostas. É o que se extrai dos arts. 103 e 104 de referido diploma legal:

> Art. 103. Cada comarca terá, pelo menos, 1 (uma) Cadeia Pública a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 49.

> Art. 104. O estabelecimento de que trata este Capítulo será instalado próximo de centro urbano, observando-se na construção as exigências mínimas referidas no artigo 88 e seu parágrafo único desta Lei.

O art. 88, por sua vez, dispõe acerca das condições mínimas exigidas:

> Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.
>
> Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:
> a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
> b) área mínima de 6,00m2 (seis metros quadrados).

Ou seja, há expressa previsão legislativa acerca da imposição de construção de cadeias públicas pela administração pública, contudo, sem fixação de prazo, o que implicaria, caso seja verificada a perpetuação da omissão por tempo superior ao razoável, a configuração de ilegalidade.

Todavia, sob esse enfoque, primeiro há que se cogitar o fato de que, por mais precária que esteja a unidade prisional do Município de Jucás, não houve demonstração, durante a instrução processual em primeiro grau, de que não foram obedecidos os requisitos mínimos exigidos pelo art. 88 da Lei de Execução Penal. Esse motivo, por si só, já seria suficiente para afastar a configuração de omissão estatal.

Não bastasse referido fato, apenas como forma de sedimentar o entendimento, mesmo que se chegasse à conclusão de desrespeito ao preconizado no artigo supracitado, constata-se, segundo os documentos colacionados pelo Estado do Ceará, que não há perpetuação da omissão por tempo superior ao aceitável, o que faz com que seja afastada a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário ao Executivo, porquanto, como já explicitado, não faz com que surja o direito de exigir, judicialmente, que a autoridade omissa pratique uma conduta positiva.

É de se ressaltar que o Estado do Ceará, diante da situação de calamidade em que se encontra o sistema prisional, gastou, nos últimos quatro anos, o valor de R$ 107.389.887,91 (cento e sete milhões, trezentos e oitenta e nove mil, oitocentos e oitenta e sete reais e noventa e um centavos), com a construção e reformas de cadeias e presídios, conforme faz prova o documento anexado às fls. 169/175.

Por oportuno, cumpre salientar ainda que a questão relacionada à segurança pública e aos estabelecimentos carcerários não são os únicos problemas enfrentados pelo Poder Público, sendo que ao Estado ainda é imputado o dever de prover educação

e saúde de qualidade, transportes públicos, e muitos outros serviços essenciais à coletividade.

Nesse caso concreto, portanto, ao nosso sentir, com a devida vênia, manter a procedência da ação civil pública para determinar que o Estado do Ceará realize referida obra, poderá implicar, indubitavelmente, em prejuízo a todos esses direitos e garantias também previstos na Constituição Federal.

Assim, cabe ao Poder Executivo sopesar a necessidade e possibilidade de execução de determinada obra pública em detrimento de outras. É o que a doutrina denomina de teoria da "reserva do possível". Nesse sentido[3] **:**

> Incide aqui o que a moderna doutrina denomina de reserva do possível, para indicar que, por vários motivos, nem todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros. Somente diante dos concretos elementos a serem sopesados ao momento de cumprir determinados empreendimentos é que o administrador público poderá concluir no sentido da possibilidade de fazê-lo, à luz do que constitui a reserva administrativa dessa mesma possibilidade. Por lógico, não se pode obrigar a Administração a fazer o que se revela impossível.

Em apoio ao entendimento até aqui adotado, colaciono os seguintes precedentes desta Corte de Justiça Estadual:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REEXAME NECESSÁRIO. CONSTRUÇÃO DE CADEIA PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. DISCRICIONARIEDADE. POLÍTICAS PÚBLICAS. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.
> Sob pena de fazer letra morta o princípio da tripartição dos Poderes, expressamente disposto no art. 2º da Constituição , incabível ao Judiciário determinar a construção de cadeia pública, ante o fato de ser tal postura de alçada exclusiva do Poder Executivo, estando além dos limites da seara jurisdicional. A forma como o Estado-Membro vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é inerente à Administração Pública. Reexame conhecido e provido. EMENTA Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Reexame Necessário nº 0000767-07.2000.8.06.0063, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 8ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em julgar pelo provimento do recurso, nos termos do voto do Relator.
> (TJCE Reexame Necessário nº 0000767-07.2000.8.06.0063, Relator (a): CARLOS RODRIGUES FEITOSA, 8ª Câmara Cível, Julgado em 05/03/2013).

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 49.

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME EM/DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EM QUE SE BUSCA A IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER JUNTO AO ESTADO DO DO CEARÁ. PLEITO DE REFORMA DA CADEIA PÚBLICA EXISTENTE E CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA DESTINADA A ABRIGAR DETENTOS DO SEXO MASCULINO. PLEITO QUE ESBARRA NA NECESSIDADE/ OBRIGATORIEDADE DA EXISTÊNCIA DE UM ORÇAMENTO PRÉVIO. LEIS ORÇAMENTÁRIAS RESERVADAS À ATUAÇÃO DOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO. SEPARAÇÃO DE PODERES. DISCRICIONARIEDADE CONFERIDA AO ADMINISTRADOR/GESTOR DE OPTAR PELA CONTIGÊNCIA SOCIAL QUE COMPREENDER MAIS PERTINENTE. ÂMBITO DE DISCRICIONARIEDADE DA ATUAÇÃO ESTATAL. SENTENÇA REEXAMINADA E, EM RAZÃO DISSO, REFORMADA. ACÓRDÃO:
> Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do TJCE, sem discrepância de votos e em sede de reexame obrigatório, reformar a sentença a quo, julgando o pleito ajuizado pelo MPCE improcedente nos termos do voto da Desembargadora Relatora. Na ocasião, deixou-se, ainda, de conhecer do Recurso de Apelação Cível interposto pelo Estado do Ceará, uma vez que prejudicado.
> (TJCE Apelação/Reexame Necessário nº 0000485-70.2008.8.06.0068, Relator (a): Desa. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA, 2ª Câmara Cível, Julgado em 07/06/2013).

> Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REALIZAÇÃO DE OBRAS PARA CONSTRUÇÃO OU REFORMA DE CADEIA PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. DISCRICIONARIEDADE. POLÍTICAS PÚBLICAS. RECURSO PROVIDO.
> Sob pena de fazer letra morta o princípio da tripartição dos Poderes, expressamente disposto no art. 2º da Constituição, incabível ao Judiciário obrigar a inclusão - nas leis orçamentárias - de verba destinada à reforma de cadeia pública, ante o fato de ser tal postura de alçada exclusiva do Poder Executivo, estando além dos limites da seara jurisdicional. A forma como o Estado-Membro vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é inerente à Administração Pública. Agravo conhecido e provido.
> (TJCE Agravo de Instrumento nº 18864-35.2009.8.06.0000/0, Relator (a): Desa. LINCOLN TAVARES DANTAS, 4ª Câmara Cível, Julgado em 07/04/2010).

Nesse diapasão, entende-se que a exceção aberta pelo Supremo Tribunal Federal para possibilitar a interferência do Poder Judiciário na implementação de Políticas Públicas não se amolda ao presente caso concreto, porquanto não houve omissão do ente federado apta a justificar a exigência da prática de uma conduta positiva.

Por todo o exposto, amparado nos precedentes jurisprudenciais e doutrinários citados, conheço do Reexame Necessário e da Apelação Cível para dar-lhes provimento a fim de reformar a sentença para julgar improcedente a Ação Civil Pública manejada pelo Ministério Público do Estado do Ceará em face do Estado do Ceará.

É como voto.

Fortaleza, 12 de fevereiro de 2014

APELAÇÃO CÍVEL
PROCESSO: 0490463-92.2011.8.06.0001
APELANTE: INSTITUTO DOM JOSÉ DE EDUCAÇÃO E CULTURA – IDJ
APELADA: MARIA DE FÁTIMA DA SILVA NOGUEIRA
RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA DE CONCLUSÃO DE CURSO SUPERIOR. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DIANTE DA NÃO DEMONSTRAÇÃO DA INTEGRALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS EXIGIDOS PARA A COLAÇÃO DE GRAU. SENTENÇA REFORMADA. PRECEDENTES STJ.

1. É cediço que é vedado à Instituição de Ensino, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.870/1999, a suspensão de provas, a retenção de documentos escolares, incluindo-se o diploma, ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento.

2. Todavia, constata-se que o caso dos autos não se amolda à hipótese, porquanto a impetrante não se desincumbiu do seu ônus de provar que o único motivo da recusa da instituição de ensino em expedir o diploma seria o inadimplemento das obrigações contratuais assumidas por ela. Ao contrário, no histórico escolar anexado, verifica-se que falta à mesma a conclusão de 56 (cinquenta e seis) créditos obrigatórios, ou seja, além de estar em débito, não teria cumprido a exigência de aprovação em todas as disciplinas ofertadas no curso.

3. Diante do cenário fático apresentado, a tese exposta pela recorrente se fortalece no sentido de que a autora não teria integralizado os crédito exigidos, considerando que a mesma teria sido impedida de realizar a rematrícula em virtude dos débitos junto à impetrada, o que é perfeitamente aceitável nos moldes do que vaticina o art. 5º da Lei nº 9.870/1999. Precedente STJ.

Reexame necessário e apelação cível conhecidos e providos. Sentença reformada para denegar a segurança requestada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por Unanimidade, em conhecer do Reexame Necessário e da Apelação Cível para dar-lhes provimento, reformando a sentença para denegar a segurança requestada, nos termos do voto do e. Desembargador Relator.

Fortaleza, 22 de janeiro de 2014

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e de Apelação Cível em sede de Mandado de Segurança impetrado por MARIA DE FÁTIMA SILVA NOGUEIRA contra ato supostamente ilegal e abusivo do REITOR PRESIDENTE DO INSTITUTO DOM JOSÉ DE EDUCAÇÃO E CULTURA – IDJ.

Em exordial, a impetrante sustenta que é graduanda do curso de Pedagogia de referido Instituto de Educação, onde já concluíra toda a grade curricular necessária para a obtenção do Diploma de conclusão da graduação. Contudo, a mesma está impedida de receber referido documento, porquanto encontra-se em débito com algumas mensalidades. Ademais, defende que, no histórico escolar anexado, algumas disciplinas, embora cursadas, estão sem as devidas notas exatamente porque o impetrado se recusa a lançá-las no sistema antes do adimplemento.

Dessa forma, pugnou pela concessão da liminar para que fosse confeccionado o Diploma de nível superior no Curso suso referido, independentemente do pagamento das parcelas atrasadas. Após, requereu a concessão em definitivo da segurança.

Documentos anexados às fls. 18/24.

Nas informações prestadas às fls. 44/51, a autoridade coatora alegou, em síntese, que, em decorrência da inadimplência da aluna, o instituto optou por não realizar a sua rematrícula, o que a impedia de continuar frequentando normalmente o curso, razão pela qual não foram integralizados todos os créditos necessários para à conclusão da graduação em Pedagogia, o que impede que a mesma participe da colação de grau, bem como que seja expedido o diploma em questão.

Documentos anexados às fls. 52/64.

Parecer do Ministério Público às fls. 68/69 em primeiro grau, manifestando-se pela concessão da segurança.

Às fls. 71/75, o MM. Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza concedeu a segurança requestada, asseverando que não é outorgado à instituição de ensino o direito de suspender provas escolares, reter documentos ou aplicar quaisquer outras penalidades de caráter pedagógico em função do inadimplemento do aluno.

Embargos de Declaração interpostos pelo impetrado às fls. 78/84, os quais foram rejeitados conforme decisão colacionada às fls. 95/97.

Irresignado com o *decisum*, o Instituto Dom José de Educação e Cultura – IDJ interpôs recurso de apelação (fls. 100/108), reeditando os argumentos expostos nas informações prestadas para requerer a reforma integral da sentença recorrida.

Contrarrazões às fls. 117/120.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 131/136, opinando pelo provimento do recurso no sentido de denegar a segurança em face da ausência de integralização dos créditos suficientes à colação de grau e consequente expedição do diploma de graduação.

É o relatório.

Por se tratar de Reexame Necessário e Apelação Cível em Mandado de Segurança, deixo de encaminhar os autos à revisão, ocasião em que peço a sua devida inclusão em pauta para julgamento.

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do reexame necessário e da apelação cível.

Inicialmente, cumpre-se aduzir que, nos termos do art. 5º, LXIX, da Carta Magna e art. 1º da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009), a concessão da ordem em *mandamus*, quando impetrado com base em ilegalidade já cometida, requer a comprovação, mediante prova pré-constituída, da existência de direito líquido e certo e a sua violação por ato ilegal ou abuso de poder praticado por autoridade.

Veja-se:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o

> responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; nº 12.016/2009, Art. 1. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

No mesmo sentido, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RENOVAÇÃO DE LICENÇA SANITÁRIA. FUNCIONAMENTO DE DROGARIAS E FARMÁCIAS. REQUISITOS PREVISTOS NA LEI 5.991/73. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO-DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.
> **1. O mandado de segurança, previsto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, com procedimento regulado pela Lei 1.533/51, é ação de natureza sumária, indicado para a proteção de direito líquido e certo ameaçado ou violado por ato ilegal ou abusivo de autoridade, que deve ser comprovado de plano, não se permitindo dilação probatória. Para que o impetrante obtenha êxito em sede de *mandamus* é essencial que traga aos autos as provas pré-constituídas necessárias para demonstrar a existência de seu direito líquido e certo. Todos os fatos devem estar documentalmente comprovados no momento da impetração, ou seja, com a inicial devem estar presentes os elementos necessários para o exame das alegações apresentadas na petição inicial pelo impetrante.**
> 2. Na hipótese em exame, não há nos autos prova pré-constituída que demonstre o cumprimento de todos os requisitos previstos na Lei 5.991/73, a fim de que sejam viabilizadas as revalidações das licenças sanitárias requeridas (...) (RMS 24607/RJT1 – PRIMEIRA TURMA, Ministra DENISE ARRUDA, J. 21/05/2009).

No caso dos autos, em consonância com o bem lançado parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, infere-se, salvo melhor juízo, que a sentença lançada merece ser reformada diante da ausência de comprovação da liquidez e certeza do direito invocado, considerando que a impetrante, ora apelada, não trouxe, na exordial, provas suficientes da integralização dos créditos necessários para a colação de grau e consequente expedição do diploma do curso de graduação.

É cediço que é vedado à Instituição de Ensino, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.870/1999, a suspensão de provas, a retenção de documentos escolares, incluindo-se o diploma, ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento. É o que se extrai dos seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ENSINO SUPERIOR. CONCLUSÃO DE CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO. INADIMPLÊNCIA. RETENÇÃO DO CERTIFICADO DE CONCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. PERÍODO DA INADIMPLÊNCIA. SÚMULA Nº 07/STJ. CONDENAÇÃO EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. SÚMULA Nº 07/STJ.

I - Opostos embargos declaratórios para suprir a omissão e ventilar a questão da instrução probatória no mandado de segurança e tendo sido estes rejeitados, sem o exame pelo acórdão recorrido, deveria ter sido interposto o recurso especial por ofensa ao artigo 535, II, do CPC, ou seja, contra a omissão verificada e não para discutir a matéria que se pretendia prequestionar. Incide, na espécie, a Súmula nº‹ 211/STJ.

II - A análise da ofensa ao artigo 6º da Lei nº 9.870/99, que permite a instituição de ensino aplicar penalidades pedagógicas, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias, esbarra no óbice da Súmula nº 07/STJ. Isso porque não consta do acórdão recorrido o período da inadimplência e o tema atinente a tal comprovação demandaria a análise dos fatos e provas carreados aos autos.

III - **Esta Corte já se pronunciou no sentido de que a instituição de ensino não pode se recusar a entregar o certificado de conclusão de curso, por motivo de inadimplência do aluno (REsp nº 223.396/MG, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 29/11/1999).**

IV - Para se afastar a condenação em litigância de má-fé, haveria necessidade de reexaminar o conjunto fático-probatório exposto nos autos, exatamente para aferir se houve a litigância de má-fé revelada pelo aresto recorrido, sendo certo que tal desiderato é defeso ao Superior Tribunal de Justiça em face do óbice imposto pela Súmula nº 07/STJ.

V - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 637.304/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2004, DJ 03/11/2004, p. 157)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO. RETENÇÃO DE DOCUMENTOS - DIPLOMA. INADIMPLÊNCIA DO ALUNO. ILEGALIDADE DO ATO. ARTIGO 6º DA LEI 9.870/99. **1. Orientação jurisprudencial assente a propósito da ilegalidade, por ofensa ao quanto disposto no artigo 6º da Lei 9.870, de 23 de novembro de 1999, de ato de instituição de ensino consistente na negativa de entrega de documentos, diploma de conclusão de curso, em virtude da existência de débito do estudante para com a instituição de ensino. 2. Remessa oficial não provida.**

(TRF-1 - REOMS: 229177220104013500 GO 0022917-72.2010.4.01.3500, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 02/12/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.107 de 11/12/2013)

Todavia, constata-se que o caso dos autos não se amolda à hipótese dos precedentes acima citados, porquanto a impetrante não se desincumbiu do seu ônus de provar que o único motivo da recusa da instituição de ensino seria o inadimplemento das obrigações contratuais assumidas por ela. Ao contrário, no histórico escolar, anexado pela autora às fls. 23/24, verifica-se que falta a mesma a conclusão de 56 (cinquenta e seis) créditos obrigatórios, ou seja, além de estar em débito, a autora não teria cumprido a exigência de aprovação em todas as disciplinas ofertadas no curso.

Nesse ponto, torna-se importante asseverar que a impetrante defende que referidos créditos foram cursados e a instituição de ensino se recusa à lançar as notas diante do débito das mensalidades. Contudo, não traz qualquer indício de prova de que, efetivamente, cursou referidas matérias. Para tanto, poderia ter anexado, por exemplo, cópias das avaliações ou trabalhos realizados, ou, caso não possuísse referidas provas, poderia ter optado em ajuizar ação ordinária, em que poder-se-ia ouvir testemunhas a fim de comprovar a sua frequência às aulas no período, o que não o fez.

Diante do cenário fático apresentado, a tese exposta pela recorrente se fortalece no sentido de que a autora não teria integralizado os crédito exigidos, considerando que a mesma teria sido impedida de realizar a rematrícula em virtude dos débitos junto à impetrada, o que é perfeitamente aceitável nos moldes do que vaticina o art. 5º da Lei nº 9.870/1999:

> Art. 5º. Os alunos já matriculados, **salvo quando inadimplentes**, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual.

Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. ENSINO SUPERIOR. INSTITUIÇÃO PARTICULAR. INADIMPLÊNCIA DE ALUNA. PROIBIÇÃO DE RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. POSSIBILIDADE.
> 1. **"O aluno, ao matricular-se em instituição de ensino privado, firma contrato oneroso, pelo qual se obriga ao pagamento das mensalidades como contraprestação ao serviço recebido. O atraso no pagamento não autoriza aplicar-se ao aluno sanções que se consubstanciem em descumprimento do contrato por parte da entidade de ensino (art. 5º da Lei 9.870/99), mas está a entidade autorizada a não renovar a matrícula, se o atraso é superior a noventa dias, mesmo que seja de uma mensalidade apenas." (REsp 660.439/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 27/6/2005).**

2**. "A negativa da instituição de ensino superior em renovar a matrícula de aluno inadimplente, ao final do período letivo, é expressamente autorizada pelos arts. 5º e 6º, ˜ 1º, da Lei 9.870/99.") REsp 553.216/RN, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 24/5/2004).**
3. Hipótese em que se conclui pela subsistência das alegações da instituição recorrente. 4. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (REsp 712.313/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 13/02/2008 p. 149).

ADMINISTRATIVO - ENSINO SUPERIOR - INSTITUIÇÃO PARTICULAR - RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA - ALUNO INADIMPLENTE.
1. A Constituição Federal, no art. 209, I, dispõe à iniciativa privada o ensino, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional.
2. **A Lei 9.870/99, que dispõe sobre o valor das mensalidades escolares, trata do direito à renovação da matrícula nos arts. 5º e 6º, que devem ser interpretados conjuntamente. A regra geral do art. 1.092 do CC/16 aplica-se com temperamento, à espécie, por disposição expressa da Lei 9.870/99.**
3. **O aluno, ao matricular-se em instituição de ensino privado, firma contrato oneroso, pelo qual se obriga ao pagamento das mensalidades como contraprestação ao serviço recebido.**
4. **O atraso no pagamento não autoriza aplicar-se ao aluno sanções que se consubstanciem em descumprimento do contrato por parte texto foi gerado a partir de dados extraídos automaticamente do sistema SPROC, não tendo o caráter de documento oficial da entidade de ensino (art. 5º da Lei 9.870/99), mas está a entidade autorizada a não renovar a matrícula, se o atraso é superior a noventa dias, mesmo que seja de uma mensalidade apenas.**
5. Recurso especial provido.
(REsp 660439 / RS, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, Data do Julgamento 02/06/2005, Data da Publicação/Fonte DJ 27/06/2005 p. 33,RSTJ vol. 199 p. 245)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSTITUIÇÃO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR. REMATRÍCULA. ALUNO INADIMPLENTE.
1. **O Supremo Tribunal Federal, na ADIN n.º 1.081-6, suprimiu, liminarmente, expressão que obrigava as instituições de ensino a rematricular alunos inadimplentes, confirmando o entendimento de que a não renovação de matrícula, nesses casos, não caracteriza penalidade pedagógica. 2. A negativa de renovação de matrícula pelo estabelecimento de ensino, por motivo de inadimplência, está fora do alcance das vedações do art. 6.º, da Lei n.º 9.870/99, entendimento ratificado pelo art. 5.º da mesma lei.** . **Apelação improvida.**
(TRF-3 - AMS: 15519 SP 0015519-14.2009.4.03.6100, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, Data de Julgamento: 04/10/2012, SEXTA TURMA)

> Ementa: ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR. MENSALIDADES. INADIMPLÊNCIA. NEGATIVA DA INSTITUIÇÃO EM RENOVAR A MATRÍCULA. POSSIBILIDADE. EXPRESSA AUTORIZAÇÃO LEGAL. REMESSA OFICIAL PROVIDA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA PLEITEADA.
> 1. **A impetrante, à época em que requereu sua matrícula no 6º semestre do Curso de Enfermagem da UDI da URCA, encontrava-se inadimplente com a impetrada em 06 (seis) parcelas, referentes à prestação de serviço educacional superior, razão pela qual a referida universidade indeferiu seu pedido.**2. **A instituição de ensino superior está autorizada a não renovar a matrícula, se o atraso no pagamento é superior a 90 (noventa) dias (arts. 5º e 6º da Lei 9.870/99). Precedentes do C. STJ.**3. **Remessa Oficial provida.**
> (Reexame Necessário 427323200880600911 Relator(a): FRANCISCO BARBOSA FILHO Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 5ª Câmara Cível Data de registro: 10/09/2010)

Logo, diante da vedação à renovação da matrícula da autora devidamente amparada pelo ordenamento jurídico e jurisprudência pátria, evidencia-se a licitude da conduta adotada pela autoridade impetrada que defende a negativa de expedição do diploma da autora por não ter a mesma concluído todos os créditos exigidos para a colação de grau. Precedentes:

> EMENTA:ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO EM TODAS AS DISCIPLINAS DO CURSO DE GRADUAÇÃO. PARTICIPAÇÃO SIMBÓLICA NA CERIMÔNIA DE COLAÇÃO DE GRAU. IMPOSSIBILIDADE. REMESSA NECESSÁRIA PROVIDA. DENEGADA SEGURANÇA. LIMINAR CASSADA.
> 1. Objetiva, liminarmente, a Impetrante autorização para participar simbolicamente da cerimônia de colação de grau do Curso de Direito do Centro Universitário de Vila Velha - UVV, e, ao final, a declaração da ilegalidade do ato praticado pela Impetrada, em razão da ofensa à Constituição Federal e a legislação ordinária.
> 2. **É legítima a recusa da Instituição particular de ensino em proceder à colação de grau e entrega de diploma de aluno que não logrou aprovação em todas as disciplinas exigidas do curso. Inexiste em nosso ordenamento jurídico qualquer norma que possa amparar a pretensão da parte autora, ou até mesmo que autorize a colação "simbólica"**.
> 3. Ao Poder Judiciário cabe apenas apreciar a legalidade e a constitucionalidade dos atos praticados pela Universidade, sem, contudo, adentrar o juízo da oportunidade e conveniência, a fim de que seja preservada a autonomia acadêmica da Impetrada. Não cabe ao Judiciário manifestar-se sobre a eficiência ou justiça do ato administrativo, porque, ao assim agir, estaria deixando de emitir pronunciamento jurisdicional, para adentrar no mérito administrativo.

> 4. **A Impetrante não logrou comprovar que a Autoridade Impetrada praticou qualquer ato ilegal, o que é exigido para a impetração do presente Mandado de Segurança, reforçando, ainda mais, a denegação da ordem.**
> 5. Remessa Necessária provida. Denegada a segurança. Cassada a liminar (TRF 2ªR.; REO-MS 0009358-82.2007.4.02.50001; Quinta Turma Especializada; Rel. Des. Fed. Guilherme Diefenhtaeler; Julg. 26/03/2013; DEFJ 16/04/2013; Pág. 93)

Ante o exposto, considerando que a impetrante não logrou êxito em demonstrar, de plano, a ilegalidade na conduta praticada pela autoridade coatora, porquanto não comprovou o cumprimento de todas as exigências para a expedição do diploma requestado, em consonância com os precedentes citados e com o entendimento perfilhado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, conheço do Reexame Necessário e da Apelação Cível para dar-lhes provimento no sentido de reformar a sentença vergastada para denegar a segurança.

É como voto.

Fortaleza, 22 de janeiro de 2014

APELAÇÃO CÍVEL N. 0493586-84.2000.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTE: HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA.
APELADA: MARIA IRENE SANTIAGO PIRES BESSA
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FALHA NO SISTEMA DE IDENTIFICAÇÃO DAS IMPRESSÕES DIGITAIS INSTALADO PELA APELANTE. PRELIMINAR DA CAUSA DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. IMPOSSIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE EXAMES MÉDICOS PELA APELADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PLANO DE SAÚDE RECORRENTE. DEVER DE INDENIZAR. REDUÇÃO DO MONTANTE REPARATÓRIO POR DANOS MORAIS. REFORMA, DE OFÍCIO, DA PARTE DA SENTENÇA QUE TRATOU SOBRE OS JUROS MORATÓRIOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Diferentemente do que alega a Apelante, não foi a Clínica Vida & Imagem que obstruiu a feitura dos exames médicos de interesse da Recorrida, mas sim o mecanismo defeituoso de leitura das digitais implantado pela Recorrente, o qual, por lhe dizer respeito e por fazer parte da sua estrutura de atendimento, está sob a sua responsabilidade, não podendo a Apelante, por via de consequência, querer se eximir do dever de responder por eventuais danos oriundos de imperfeições em seu sistema de identificação, sendo nítida, portanto, a sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

2. É evidente o constrangimento sofrido pela Apelada, pois, mesmo estando em dia com as suas mensalidades, deixou de realizar exames médicos por falha no mecanismo de leitura das impressões digitais instalado pela Recorrente, motivo pelo qual deve ser indenizada, aplicando-se à hipótese dos autos o art. 14, *caput*, do CDC, na medida em que a Apelante

responde, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.
3. O valor da indenização por danos morais deve ser estipulado com razoabilidade, observadas as características do caso concreto, devendo ser reduzido de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para R$ 10.000,00 (dez mil reais), *quantum* que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.
4. Reforma, de ofício, da parte da sentença que tratou sobre os juros moratórios, os quais são devidos a partir da citação, à taxa de 0,5% ao mês até 10 de janeiro de 2003 e, a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002 (11 de janeiro de 2003), à taxa de 1% ao mês, em conformidade com o art. 406 do CC/2002 e com o art. 161, § 1º, do CTN.
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 e reformar, de ofício, a parte da sentença que tratou sobre os juros moratórios, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação manejada por Hapvida Assistência Médica Ltda., adversando a sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação declaratória de rescisão contratual cumulada com indenização por danos morais, proposta em seu desfavor por Maria Irene Santiago Pires Bessa, julgou procedente o pedido.

Na peça exordial (f. 02-17), a Autora alega que, após obter autorização junto à Demandada, da qual era cliente, agendou, para o dia 12.07.2000, a realização, na Clínica Vida & Imagem, de exames (ultrassonografias) de rotina, os quais eram por ela feitos periodicamente, destinados ao acompanhamento de cistos múltiplos nos seios e de nódulo miomatoso no útero, levemente aumentado.

Demais disso, afirma a Demandante que, na data aprazada, tentou inúmeras vezes se identificar pelo sistema computadorizado da Promovida de reconhecimento das impressões digitais, não havendo, contudo, logrado êxito, tendo sido informada que a máquina não conseguia ler as suas digitais.

Sustenta a Promovente, ainda, que, diante da impossibilidade da identificação digital e objetivando realizar os aludidos procedimentos, apresentou RG, CPF e cartão de identidade do Plano de Saúde requerido, tendo a atendente argumentado, em alto e bom som, na presença de várias pessoas, que os referidos documentos não eram suficientes e não poderiam substituir a identificação eletrônica.

Asseverou a Requerente, ademais, que, em 21.06.2000, vale dizer, menos de um mês antes daquela data, havia conseguido realizar, sem qualquer problema, pelo Plano de Saúde demandado, exames de sangue e de urina.

Alegando, então, que, ao ser injustamente impedida de realizar os mencionados procedimentos, sofreu constrangimento e humilhação, postulou a Autora a rescisão do contrato feito com a Promovida e o recebimento de indenização por danos morais no valor de R$ 543.600,00 (quinhentos e quarenta e três mil e seiscentos reais).

Em sua contestação (f. 56-69), a Requerida suscitou, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, requerendo, no mérito, que, acaso não fosse julgado totalmente improcedente o pleito inicial, que a reparação por danos morais fosse fixada em, no máximo, R$ 500,00 (quinhentos reais).

O Juiz *a quo* rejeitou a prejudicial de ilegitimidade passiva *ad causam* (f. 90).

A Ré, em agravo retido, afirmou que a responsabilidade pelos supostos danos é da Clínica Vida & Imagem, a qual é independente e autônoma, reiterando a necessidade do reconhecimento da sua ilegitimidade passiva *ad causam*, com a consequente extinção do feito, sem resolução de mérito (f. 97-100).

O Magistrado de 1º Grau, após ouvir a Demandante (agravada), manteve o seu entendimento, não acolhendo, por conseguinte, as razões que embasaram o agravo retido (f. 104, f. 216-217 e f. 218).

A Demandada interpôs agravo de instrumento, em face da decisão do Juiz *a quo* que indeferiu, em audiência de instrução e julgamento, a tomada de depoimento pessoal de preposto dela, devidamente autorizado por meio de carta de preposição, sendo que, após receber ofício requisitando-lhe informações, o Magistrado de 1º Grau comunicou ao Des. José Ari Cisne, relator do recurso, que havia reconsiderado o *decisum* impugnado, fato que fez com que o agravo de instrumento fosse considerado prejudicado (f. 125-136, f. 276, f. 277-278 e f. 281-284).

Sentenciando o feito (f. 393-399), o Juiz *a quo*, ao tempo em que confirmou a rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, levantada pela Promovida, julgou procedente o pedido prefacial, rescindindo o contrato e condenando a Requerida ao pagamento de indenização por danos morais em montante correspondente a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com correção monetária a partir do arbitramento e juros moratórios a partir da citação, à taxa de 1% (um por cento) ao mês, além das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais foram arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Em suas razões recursais (f. 404-415), a Apelante aduz, em preliminar da causa, a sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que não deu causa aos alegados danos morais, os quais, se existiram, foram causados exclusivamente pela Clínica Vida & Imagem, que com ela não tem nenhum vínculo.

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

a) nunca tomou conhecimento de que algum cliente seu tenha deixado de utilizar os serviços a que tem direito em virtude de defeito no sistema de identificação;

b) mesmo que tenha sido impedida de realizar exames médicos por problemas técnicos no equipamento que faz a leitura das impressões digitais, a Apelada não sofreu qualquer dano moral, o que enseja a improcedência do pleito reparatório;

c) ainda que se entenda pela sua condenação, deve ser reduzido o exorbitante *quantum* indenizatório de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), fixado pelo Juiz de 1º Grau.

Pugna a Apelante, enfim, pelo provimento do recurso, para que, acaso não seja o feito extinto, sem resolução de mérito, que seja julgado improcedente o pedido de indenização por danos morais ou que seja reduzido o montante fixado no *decisum* atacado para, no máximo, R$ 500,00 (quinhentos reais).

Apesar de intimada, a Recorrida não apresentou contrarrazões (f. 418-422).

Inicialmente distribuídos à Desa. Maria Iracema Martins do Vale em 17.12.2012 (f. 430), os autos foram a mim redistribuídos, por prevenção, em 02.04.2013 (f. 434).

É o relatório, no essencial.

VOTO

Passo a examinar a preliminar da lide de ilegitimidade passiva, levantada pela Recorrente.

Sustenta a Apelante que é patente a sua ilegitimidade passiva *ad causam*,

tendo em vista que foi a Clínica Vida & Imagem que impediu a realização dos procedimentos, devendo o processo, por isso, ser extinto, sem resolução de mérito.

Razão não lhe assiste.

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 em apreço, a Clínica Vida & Imagem dependia da autorização do Plano de Saúde recorrente para a realização dos procedimentos, havendo a Apelada deixado de fazer os exames médicos em decorrência de falha no sistema, instalado pela Recorrente, de identificação das impressões digitais dos usuários.

Desse modo, diferentemente do que alega a Apelante, não foi a Clínica Vida & Imagem que obstruiu a feitura dos exames médicos de interesse da Recorrida, mas sim o mecanismo defeituoso de leitura das digitais implantado pela Recorrente, o qual, por lhe dizer respeito e por fazer parte da sua estrutura de atendimento, está sob a sua responsabilidade.

Assim sendo, não pode a Apelante querer se eximir do dever de responder por eventuais danos oriundos de imperfeições em seu sistema de identificação, sendo nítida, portanto, a sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

Dessa forma, rejeitando a prejudicial da demanda de ilegitimidade passiva, passo ao exame do mérito.

Meritoriamente, o recurso comporta apenas parcial provimento. Ademais, deve ser reformada, de ofício, a parte da sentença que tratou sobre os juros moratórios.

Alega a Recorrente que nunca tomou conhecimento de que algum usuário tenha deixado de utilizar os serviços em razão de problemas no mecanismo de leitura das impressões digitais, de modo que não se pode afirmar que tal fato realmente aconteceu com a Apelada.

O argumento não merece guarida.

Testemunhas ouvidas em Juízo confirmaram que a Recorrida efetivamente foi impedida de fazer os procedimentos em virtude de defeito no sistema de identificação das digitais, sendo oportuno transcrever trechos de depoimentos:

> a) Maria Lúcia Pinheiro Diniz: "Em data que não sabe precisar, a requerente [ora Apelada] foi à clínica Vida e Imagem, fazer uns exames por conta do Hapvida; os exames, no entanto, não foram realizados, uma vez que houve problema, quanto à impressão digital dela, no computador" (f. 119);
>
> b) Joselena de Castro Moura: "Embora não conheça a suscitante [ora Recorrida], tem conhecimento de que ela compareceu, para se submeter a exame na condição de beneficiária do plano de saúde Hapvida, à Vida e Imagem [...]; teria ela que colocar o dedo no leitor digital; tal providência foi adotada; contudo, a impressão digital que apareceu não era a dela; pediu-se à requerente que fosse até ao banheiro lavar as mãos; retornando ela do banheiro, colocou novamente o dedo no leitor digital, mais uma vez não saindo sua impressão; a promovente, então, foi aconselhada a entrar em contato com o Hapvida [...]; não sabe se a autora entrou em contato com o Hapvida; o certo é que ela não fez o exame, ultrassom [...]" (f. 140).

Na espécie, é evidente o constrangimento sofrido pela Apelada, pois, mesmo estando em dia com as suas mensalidades, conforme demonstra o boleto quitado de f. 41, deixou de realizar os exames médicos por falha no mecanismo de leitura das impressões digitais instalado pela Apelante, motivo pelo qual deve ser indenizada, aplicando-se à hipótese dos autos o art. 14, *caput*, do CDC[1], na medida em que a Recorrente responde, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

Acerca do assunto, colaciono os seguintes julgados:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - NEGATIVA DE COBERTURA - INADIMPLÊNCIA - INOCORRÊNCIA - ERRO DE CÓDIGO DE BARRAS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DANO MORAL - CONFIGURAÇÃO - PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - [...] De acordo com o disposto no art. 14 do CDC a responsabilidade de fornecedores de serviços é objetiva. A responsabilidade de uma prestadora não exclui a da outra, porque agem em convênio para a consecução de seus objetivos comerciais, e atuam concretamente na cadeia do serviço

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

> resultante prestado ao consumidor. No caso, depreende-se da análise das provas que carreiam aos autos que mesmo após constatar a regularidade nos pagamentos, não cuidou a apelante de liberar a consulta do apelado, que teve que voltar para casa sem o devido atendimento. Indene de dúvida que a situação vivenciada foi muito constrangedora, ultrapassando a barreira dos meros aborrecimentos, devendo a operadora do plano de saúde ser responsabilizada. A fixação do valor devido a título de indenização por danos morais deve se dar com prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório. [...] (TJMG, Apelação Cível 1696342-49.2010.8.13.0024, Rel. Des. Rogério Medeiros, 14ª Câmara Cível, julgamento em 09.05.2013, publicação em 17.05.2013)

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. OCORRÊNCIA.
> 1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações estabelecidas com as administradoras de planos de saúde. 2. Tratando-se de responsabilidade objetiva, há dever de indenizar quando da prática de uma conduta ilícita decorre dano, não sendo necessário se provar a ocorrência do requisito subjetivo, qual seja, da culpa ou do dolo. (TJMG, Apelação Cível 0044228-53.2010.8.13.0105, Rel. Des. Wagner Wilson, 16ª Câmara Cível, julgamento em 15.02.2012, publicação em 02.03.2012)

Assim, postas as premissas necessárias, passo a examinar o valor da indenização.

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 da quantia reparatória 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.

Em se tratando de responsabilidade contratual, caso dos autos, o STJ já decidiu que "os juros moratórios possuem como termo inicial a data da citação" (STJ, EDcl no REsp 538279/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 29.08.2012).

Dessa forma, os juros moratórios devem ser fixados, a contar da citação, em 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês até 10 de janeiro de 2003 e, a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002 (11 de janeiro de 2003), 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$ 50.000,00 (cinquenta 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 da citação, em 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês até 10 de janeiro de 2003 e, a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002 (11 de janeiro de 2003), em 1% (um por cento) ao mês, mantendo, no mais, o *decisum* combatido.

Fortaleza, 7 de outubro de 2013.

APELAÇÃO Nº 0498767-66.2000.8.06.0001
APELAÇÃO DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: YAMACOM NORDESTE S/A
APELADO: IRMÃOS PAULA JOCA S/A TRANSPORTES E TURISMO
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR FRENTE AO CONTRATANTE. AFASTADA. ROUBO DE CARGA. FORTUITO EXTERNO. INEVITABILIDADE CONFIGURADA. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA.

1. A jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça é de que o furto ou roubo de mercadoria configura força maior quando o incidente não decorrer de culpa, seja negligência ou desídia, da transportadora. Logo, nesses casos, resta excluída a responsabilidade do transportador, em virtude de força maior.

2. O fato é inevitável (força maior) se, mesmo utilizando as cautelas e os meios razoavelmente exigíveis da transportadora, ele ocorre a partir de uma causa estranha ao transporte (fortuito externo). Nessa linha, não é razoável exigir que os prestadores de serviço de transporte de cargas alcancem absoluta segurança contra roubos, uma vez que segurança pública é dever do Estado.

3. Frente a tais considerações, é de ser mantida a sentença, a qual reconheceu a ocorrência de força maior, isentando a apelada de ressarcir a apelante pelos prejuízos decorrentes do roubo e seus consectários lógicos, tais como o pagamento dos títulos (duplicatas) protestados, aludidos pela apelante, e os lucros cessantes.

4. Recurso de apelação conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a 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 negando-lhe provimento, nos termos do voto do relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por YAMACOM NORDESTE S/A, contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara de Recuperação de Empresas e Falências da Comarca de Fortaleza, que, nos autos da Ação de Cobrança deduzida contra IRMÃOS PAULA JOCA S/A TRANSPORTES E TURISMO (massa falida), julgou improcedentes os pedido da inicial.

Inicial (fls. 02/23): narra a autora que, habitualmente, contratava os serviços da parte ré para transporte de carga de suas mercadorias; informa, todavia, que no dia 13/06/2000 as mercadorias da demandante, embarcadas a cargo da demandada, foram alvo de roubo, causando-lhe prejuízo da ordem de R$ 64.862,70 (sessenta e quatro mil, oitocentos e sessenta e dois, setenta centavos); ressente-se porque a parte ré protestou diversos títulos (duplicatas) referentes ao fretamento das mercadorias sinistradas; com esteio no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, alega a ocorrência de dano indenizável, sendo responsável a sociedade demandada; requer: ***i)*** em sede de tutela antecipada, o cancelamento dos protestos das duplicatas representativas da obrigação de pagamento dos fretes; ***ii)*** a condenação da sociedade ré a pagar-lhe o prejuízo material de R$ 64.862,70 (sessenta e quatro mil, oitocentos e sessenta e dois, setenta centavos), mais lucros cessantes à base de 20% (vinte por cento) do valor das mercadorias roubadas; ***iii)*** o abate do valor das duplicatas discriminadas na exordial do montante da condenação; e, ***iv)*** a condenação da demandada a pagar as custas e honorários advocatícios, estes últimos arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Contestação (fls. 172/176): requer a integração do polo passivo da demanda pela seguradora Sul América Seguros Gerais S/A, e pela corretora de seguros Pancary Sistemas de Gerenciamento de Riscos; alega a independência das obrigações em questão, isto é, a obrigação da seguradora em cobrir o dano da demandante e a obrigação desta de honrar com os pagamentos dos frentes das mercadorias; requer: a improcedência dos pedidos formulados pela autora.

Sentença (fls. 192/196): o magistrado *a quo* julgou improcedentes os pedidos formulados, por entender que o sinistro ocorrido (roubo) foi motivado por força maior; quanto ao pedido de cancelamento dos protestos das aludidas duplicatas entendeu inexistentes os requisitos para a concessão da antecipação da tutela requestada.

Embargos de Declaração (fls. 198/200; 202/203): rejeitados.

Apelação (fls. 205/210): a apelante requer a condenação da apelada, tendo em vista o patente *error in judicando* consignado na sentença recorrida; assinala que a responsabilidade civil da transportadora, ora apelada, é extraída do ordenamento jurídico brasileiro, assim como do enunciado da súmula 187 do STJ, não incidente a força maior.

Contrarrazões (fls. 223/226): a apelada corrobora as razões da tese recorrida, robustecendo a ocorrência de força maior no caso concreto.

Parecer (fls. 241/242): a Procuradora de Justiça deixou de emitir parecer de mérito em razão de ausência de interesse público (art. 82 do CPC).

É o relatório.

À douta revisão.

Revistos e incluídos em pauta para julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos do recurso, passo à análise dos pontos controvertidos.

1. Aplicabilidade do CDC

De início, importante firmar que a situação telada não revela relação de consumo, portanto, inaplicável o Código de Defesa do Consumidor.

A teoria subjetiva ou finalista, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp n.° 541.867/BA, relator original Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, relator para acórdão Ministro Barros Monteiro, DJ de 16.05.2005), indica que a incidência do Código de Defesa do Consumidor às pessoas jurídicas depende, caso haja intuito de lucro, que o produto ou serviço adquirido não tenha conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica desenvolvida pela empresa.

Observo que o serviço de transporte de cargas oferecido pela apelada não têm conexão direta com a atividade econômica desenvolvida pela apelante. Por outro lado, a contratação da transportadora em questão serve de meio para a consecução da

atividade empresarial da apelante. Concluo, portanto, que o serviço contratado pela sociedade apelante implementa, ainda que indiretamente, sua atividade lucrativa, razão pela qual não deve incidir a lei consumerista.

Colaciono elucidativo precedente da jurisprudência do STJ, que afasta as normas regedoras das relações consumeristas nos casos da espécie.

Vejamos:

> COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. – A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca. (REsp 541867/BA, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/11/2004, DJ 16/05/2005, p. 227)

Nesses termos, afasto a incidência, na espécie, dos regramentos e princípios próprios da relação consumerista.

2. Responsabilidade da transportadora frente ao contratante

Adentrando o mérito, entremostra-se **incontroverso** o fato narrado na inicial, acerca do sinistro sobre as mercadorias da apelante, transportadas pela apelada.

Constam dos autos as notas fiscais nº 14.107 e nº 14.108, cujas mercadorias descritas somam exatamente o valor aludido na inicial – R$ 64.862,70 (sessenta e quatro mil, oitocentos e sessenta e dois reais, setenta centavos) (fls. 65/66). Some-se a isso o fato de a contestante limitar-se a advogar a tese da incidência da força maior ao sinistro ocorrido, sem negar a ocorrência do roubo das mercadorias (fls. 172/176/ 223/226).

Nessa quadra, insta salientar que a sociedade Zênite Assessoria e Consultoria S/C Ltda., na qualidade de analista de seguros de transportes contratada pela seguradora Sul América, declara a ocorrência do sinistro relativamente à carga transportada pela apelada, no dia 13/06/2000, com destino a São Paulo/SP (fls. 62/63).

Todavia, *in casu*, não evidencio provas de que a transportadora ré tenha

contribuído, culposa ou dolosamente, para o evento danoso. Constata-se da leitura do documento de fls. 62/63 que o roubo ocorreu quando o motorista do caminhão *"... trafegava normalmente pela Rodovia dos Trabalhadores, na altura do bairro Cumbica..."*, quando foi rendido por seis indivíduos armados.

Dessa forma, ainda que a responsabilidade do transportador seja objetiva (art. 187 do Código Civil), é cabível a alegação de força maior, para fins de exclusão de sua responsabilidade.

Nessa senda, a jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça é de que o furto ou roubo de mercadoria configura **força maior** quando o incidente não decorrer de culpa, seja negligência ou desídia, da transportadora. Logo, nesses casos, resta excluída a responsabilidade do transportador, em virtude de força maior.

A força maior deve ser entendida, atualmente, como espécie do gênero fortuito externo, do qual faz parte também a culpa exclusiva de terceiros, os quais se contrapõem ao chamado fortuito interno.

O roubo, mediante uso de arma de fogo, é fato de terceiro equiparável a força maior, que deve excluir o dever de indenizar, mesmo no sistema de responsabilidade civil objetiva.

É o fato que, por ser inevitável e irresistível, gera uma impossibilidade absoluta de não ocorrência do dano, ou o que, segundo Caio Mário da Silva Pereira, *"aconteceu de tal modo que as suas consequências danosas não puderam ser evitadas pelo agente, e destarte ocorreram necessariamente"* (*Responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 305).

Na precisa conceituação de CLÓVIS BEVILÁQUA, força maior é:

> [...] o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer. Não é, porém, a imprevisibilidade que deve, principalmente, caracterizar o caso fortuito, e, sim, a inevitabilidade. E, porque a força maior também é inevitável, juridicamente se assimilam estas duas causas de irresponsabilidade**.** Uma seca extraordinária, um incêndio, uma tempestade, uma inundação produzem danos inevitáveis. Um embargo da autoridade pública impede a saída do navio do porto, de onde ia partir, e esse impedimento tem por consequência a impossibilidade de levar a carga ao porto do destino. Os gêneros que se acham armazenados para ser entregues ao comprador são requisitados por necessidade de guerra. Nesses e em outros casos, é indiferente indagar se a impossibilidade de o devedor cumprir a obrigação procede de força maior ou de caso fortuito. Por isso, o Código Civil reuniu os dois fatos na mesma definição: o caso fortuito ou de força maior é o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.
> (*Código Civil.* vol. 4. 10 ed. Livraria Francisco Alves, p. 173).

Especificamente quanto à responsabilidade por roubos em transportes de carga, colho valioso magistério de SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

> Informam a responsabilidade do transportador de mercadorias (ou carga) os mesmos princípios gerais do contrato de transporte de pessoas. Também aqui a obrigação do transportador é de fim, de resultado, e não apenas de meio. Ele tem que entregar a mercadoria, em seu destino, no estado em que a recebeu. Se recebeu a mercadoria sem ressalva, forma-se a presunção de que recebeu em perfeito estado, e assim deverá entregá-la. Inicia-se a responsabilidade do transportador com o recebimento da mercadoria e termina com a sua entrega. Durante toda a viagem, responde pelo que acontecer com a mercadoria, inclusive pelo *fortuito interno* . Só afastarão a sua responsabilidade o *fortuito externo* (já que, aqui, não tem sentido o fato exclusivo da vítima) e o *fato exclusivo de terceiro* , normalmente doloso. Têm-se tornado frequentes os assaltos a caminhões, apoderando-se os meliantes não só das mercadorias, mas, também, do veículo. Há verdadeiras quadrilhas organizadas explorando essa nova modalidade de assaltos, muitas vezes até com a participação de policiais. Coerente com a posição assumida quando tratamos dos assaltos a ônibus, entendemos, também aqui, que o fato doloso de terceiro se equipara ao fortuito externo, elidindo a responsabilidade do transportador, porquanto exclui o próprio nexo de causalidade. O transporte, repetimos, não é causa do evento; apenas a sua ocasião. Não cabe ao transportador transformar o caminhão em um tanque de guerra, nem colocar um batalhão de seguranças para cada veículo de sua empresa a circular por todo o país. A segurança pública é dever do Estado.
> (CAVALIEIRI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 322-354)

Com o julgamento do REsp. 435.865/RJ, pela Segunda Seção, ficou pacificado na jurisprudência do STJ que, se não for demonstrado que a transportadora não adotou as cautelas que razoavelmente dela se poderia esperar, o roubo de carga constitui motivo de força maior a isentar a sua responsabilidade:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FATOS OCORRIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. AÇÃO REGRESSIVA DA SEGURADORA. SUCESSIVOS ROUBOS DE CARGA POR BANDO FORTEMENTE ARMADO. FORÇA MAIOR. INEXISTÊNCIA DE NEGLIGÊNCIA POR PARTE DA TRANSPORTADORA.
> 1. Cuida-se de transporte rodoviário de carga realizado antes da vigência do Código Civil atual, devendo ser aplicadas as regras do Código Comercial e da legislação especial.

> 2. O roubo, por ser equiparado ao fortuito externo, em regra, elide a responsabilidade do transportador, pois exclui o nexo de causalidade, extrapolando os limites de suas obrigações, visto que a segurança é dever do Estado.
> 3. Com o julgamento do REsp 435.865 - RJ, pela Segunda Seção, ficou pacificado na jurisprudência do STJ que, se não for demonstrado que a transportadora não adotou as cautelas que razoavelmente dela se poderia esperar, o roubo de carga constitui motivo de força maior a isentar a responsabilidade daquela.
> 4. A Corte local apurou que os roubos normalmente eram efetuados por bandos fortemente armados e com mais de seis componentes, de modo que não se constata, objetivamente, negligência da transportadora, a ponto de caracterizar a sua culpa pelos eventos. (…)
> 5. Recurso especial provido para restabelecer a sentença.
> (REsp 927.148/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 04/11/2011)
>
> CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA TRANSPORTE DE CARGA. FURTO DE MERCADORIAS. FORÇA MAIOR. ART. 1.058 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. INEVITABILIDADE NÃO CARACTERIZADA. ART. 104 DO CÓDIGO COMERCIAL. DEVER DE VIGILÂNCIA DA TRANSPORTADORA.
> I. O entendimento uniformizado na Colenda 2ª Seção do STJ é no sentido de que constitui motivo de força maior, a isentar de responsabilidade a transportadora, o roubo da carga sob sua guarda (REsp n. 435.865 - RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, por maioria, julgado em 09.10.2002).
> II. Contudo, difere a figura do furto, quando comprovada a falta de diligência do preposto da transportadora na vigilância o veículo e carga suprimidos.
> III. Recurso especial conhecido, mas desprovido.
> (REsp 899.429/SC, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 17/12/2010).

O fato é inevitável (força maior), portanto, se, mesmo utilizando as cautelas e os meios razoavelmente exigíveis da transportadora, ele ocorre a partir de uma causa estranha ao transporte. Nessa linha, não é razoável exigir que os prestadores de serviço de transporte de cargas alcancem absoluta segurança contra roubos, uma vez que segurança pública é dever do Estado.

Frente a tais considerações, tenho que o necessário, para fins de responsabilização da transportadora, é a conduta inesperada desta, que fuja da atuação que razoavelmente se espere da empresa. Contudo, como dito acima, não encontro presentes rastros de culpa ou dolo da sociedade apelada, razão pela qual é de ser mantida a sentença, a qual reconheceu a ocorrência de força maior, isentando a apelada de ressarcir a apelante pelos prejuízos decorrentes do roubo e seus consectários lógicos, tais como o pagamento dos títulos (duplicatas) protestados, aludidos pela apelante, e os lucros cessantes.

Por fim, ressalto que no caso telado não se está a discutir a responsabilidade da seguradora relativamente à segurada (apelada) ou à lesada (apelante), situação jurídica bem diversa, na qual teria incidência o quanto pactuado nos contratos securitários – obrigatório e facultativo – firmados entre segurada (apelada) e seguradora (Sul América), além da legislação aplicável à espécie.

DISPOSITIVO

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

É como voto.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL
PROCESSO: Nº 0000514-02.2009.8.06.0096
APELANTE: MUNICÍPIO DE IPUEIRAS
APELADO: MARIA NEUZA MOREIRA AZEVEDO
RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. REEXAME NECESSÁRIO. DISPENSA. ART. 475, §2º, CPC. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. JORNADA DE TRABALHO REDUZIDA. VENCIMENTO PROPORCIONAL À CARGA HORÁRIA TRABALHADA, INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 7º, IV C/C ART. 39, § 3º, AMBOS DA CF/88.

1. Diante da condenação na presente demanda ser inferior ao patamar de sessenta salários mínimos, torna-se desnecessário o seu reexame, não estando, portanto, a sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, nos termos do art. 475, §2º, do Código de Processo Civil.

2. O cerne da presente demanda cinge-se a analisar a possibilidade da Autora/Apelada, servidora pública municipal ocupante do cargo de auxiliar de serviços gerais, perceber, a título de vencimentos, o salário mínimo constitucionalmente garantido, apesar de possuir uma jornada de trabalho reduzida.

3. É direito fundamental dos trabalhadores – a eles equiparados os servidores públicos, conforme dispõe o art. 39, §3º, da Carta Magna – a percepção de remuneração mensal em valor não inferior ao salário mínimo vigente no país, vez que este é direito garantido e indisponível, nos termos do art. 7º, incisos IV e VII, da Carta Magna.

4. O trabalhador deve perceber uma remuneração capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e de sua família, de modo a resguardar a inviolabilidade de sua dignidade humana. Logo, não se mostra possível a edição de norma infraconstitucional, no âmbito federal, estadual ou municipal,

estabelecedora da possibilidade do trabalhador ser remunerado com montante inferior ao salário mínimo, de forma proporcional à sua carga horária. Precedentes do STF e desta Corte de Justiça.
5. Apelação Cível conhecida e desprovida. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer da Apelação Cível para NEGAR-LHE provimento, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Fortaleza, 22 de janeiro de 2014

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta em face da r. sentença de fls. 83/89, prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Ipueiras, em sede de Ação Ordinária, ajuizada por **MARIA NEUZA MOREIRA AZEVEDO** em face do **MUNICÍPIO DE IPUEIRAS.**

Na peça inaugural, sustenta a Autora que foi aprovada em concurso público de provas e títulos para exercer o cargo de auxiliar de serviços gerais. Ademais, aduz que percebe, a título de remuneração, valor inferior ao salário mínimo nacionalmente unificado.

Diante disso, postula pela procedência da demanda, com a condenação do Requerido ao pagamento do salário mínimo, bem como a diferença entre a remuneração efetivamente recebida e o salário mínimo da época, respeitado o prazo prescricional.

O Município de Ipueiras ofereceu contestação às fls. 19/25, argumentando, em síntese, a possibilidade do salário proporcional à jornada trabalhada; que a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade e, em consequência, qualquer despesa só pode ser gerada ou aumentada através de lei. Ademais, alega que não tem condições financeiras para suportar o ônus decorrente do impacto financeiro causado por uma determinação no sentido de dobrar os vencimentos dos servidores.

Ao analisar a lide, o magistrado de planície julgou procedente a demanda, para reconhecer e declarar o direito da Sra. Maria Neuza Moreira Azevedo, auxiliar de serviços gerais do Município de Ipueiras, de perceber como remuneração mensal

o equivalente a 01 (um) salário mínimo, independentemente de sua carga horária de trabalho, a qual poderá ser redimensionada pelo requerido, no exercício regular do seu poder discricionário, respeitado o limite constitucionalmente fixado de 44 (quarenta e quatro) horas semanais. Ademais, condenou o réu a pagar à autora o valor correspondente às diferenças de vencimentos referentes aos meses anteriores a data da citação do demandado (06/10/2009), não alcançados pela prescrição quinquenal, declarando, por fim, no exercício regular do seu controle de constitucionalidade difuso, a inconstitucionalidade "incidenter tantum" do art. 14, da Lei Municipal nº 593/2006.

Irresignado com a sentença, o Apelante interpôs recurso apelatório, defendendo a necessidade de submissão da ação ao duplo grau de jurisdição obrigatório, vez que não se enquadra nos casos do art. 475, §2º, do CPC. No mérito, alega a possibilidade do salário ser proporcional à jornada trabalhada e pleiteia pela revogação da medida liminar concedida no sentido de antecipar os efeitos da tutela.

Contrarrazões apresentadas às fls. 107/108, pugnando pela manutenção da sentença vergastada.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 122/126) opinando pelo conhecimento e desprovimento do apelo, a fim de manter a sentença na íntegra a sentença recorrida.

É o relatório.

À d. Revisão.

VOTO

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

O cerne da presente demanda cinge-se a analisar a possibilidade da Autora/Apelada, servidora pública municipal ocupante do cargo de auxiliar de serviços gerais, perceber, a título de vencimentos, o salário mínimo constitucionalmente garantido, apesar de possuir uma jornada de trabalho reduzida.

Analisando detidamente os autos em comento, verifica-se que a presente demanda não se enquadra naquelas em que há a necessidade do duplo grau de jurisdição obrigatória, nos termos do art. 475 do Código de Processo Civil.

O art. 475, §2º, do Código de Ritos preceitua que as sentenças proferidas em desfavor da Fazenda Pública não devem ser submetidas ao reexame necessário se o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, *in verbis:*

> Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
> [...]
> § 2o Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

Diante da condenação na presente demanda ser inferior ao patamar de sessenta salários mínimos, torna-se desnecessário o seu reexame, não estando, portanto, a sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, consoante precedente desta Corte de Justiça, no julgamento da Apelação Cível de nº 186-15.2005.8.06.0128/1, de relatoria da Des. Sérgia Maria Mendonça Miranda:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. **REEXAME NECESSÁRIO. DISPENSA. ART. 475, § 2º, CPC. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. REMUNERAÇÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE.** VIOLAÇÃO À NORMA CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE COBRANÇA. DIFERENÇAS SALARIAIS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AUSÊNCIA APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Tratam os autos de Apelação Cível, em Ação de Cobrança, em que servidor público municipal pleiteia a diferença salarial entre o que efetivamente percebia mensalmente e o salário mínimo, observando-se a prescrição quinquenal. 2. O salário-mínimo tem por finalidade assegurar a dignidade humana do trabalhador, sendo, dessa forma, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (CF/88, art. 7º, IV). 3. Não há preceptivo constitucional ou legal que autorize a proporcionalidade da remuneração mínima ao número de horas trabalhadas, sobretudo porque o salário mínimo independe da carga horária de trabalho cumprida pelo servidor. 4.Afronta dispositivo constitucional o pagamento de servidor em quantia inferior ao valor definido para o salário mínimo (artigo 7º, IV, combinado com o artigo 39, §3º, ambos da Carta maior). 5.Assim, nenhum servidor, ativo, inativo ou sujeito à disponibilidade poderá receber valor aquém do salário mínimo. 6.Apelação conhecida e improvida.
> (TJ/CE, Apelação Cível nº 186-15.2005.8.06.0128/1, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgia Maria Mendonça Miranda, Data de registro: 18/07/2012)

Com efeito, não merece prosperar a tese recursal de necessidade de submissão ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

O Município de Ipueiras, ora Apelante, sustenta a possibilidade de haver pagamento de salário proporcional à carga horária trabalhada, mesmo que o valor seja aquém do mínimo nacional.

Da análise dos autos, extrai-se que o procedimento de pagamento utilizado pelo Município/Recorrente não está em conformidade com as disposições constitucionais vigentes, havendo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

A respeito do tema em análise, cumpre salientar que é direito fundamental dos trabalhadores – a eles equiparados os servidores públicos, conforme dispõe o art. 39, §3º, da Carta Magna – a percepção de remuneração mensal em valor não inferior ao salário mínimo vigente no país, vez que este é direito garantido e indisponível, nos termos do art. 7º, incisos IV e VII, da Carta Magna, *in verbis:*

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
> VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável.
>
> Art. 39 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.
> (…)
> § 3º - Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Corroborando com o mesmo posicionamento, a Constituição Estadual do Estado do Ceará, em seu art. 154, §1º, estabelece que nenhum servidor poderá receber contraprestação inferior ao salário mínimo. Veja-se:

> 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:
> (…)
> §1º Nenhum servidor poderá receber contraprestação inferior ao salário mínimo.

Consoante o disposto nos dispositivos legais supramencionados, o trabalhador deve perceber uma remuneração capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e de sua família, de modo a resguardar a inviolabilidade de sua dignidade humana.

Logo, não se mostra possível a edição de norma infraconstitucional, no âmbito federal, estadual ou municipal, que estabeleça a possibilidade do trabalhador ser remunerado com montante inferior ao salário mínimo, sob pena de comprometer o seu sustento e de sua família.

Além das normas constitucionais não possibilitarem a redutibilidade do salário mínimo, sobretudo no que diz respeito à disposição do art. 7º, VII, da Carta Magna, nota-se que o entendimento desta C. Corte de Justiça é no sentido de que o servidor público tem direito a percebê-lo integralmente, mesmo quando trabalhar em jornada reduzida. À propósito:

> APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. LEI ORGÂNICA QUE PREVÊ TODOS OS ELEMENTOS ESSENCIAIS À PERCEPÇÃO DA GRATIFICAÇÃO PÓ-DE-GIZ. NORMA DE EFICÁCIA PLENA. PARCELA DEVIDA. COMPROVAÇÃO DE QUE O ADICIONAL DE QUINQUÊNIO JÁ É REGULARMENTE PAGO. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO. VENCIMENTO MENOR QUE O SALÁRIO MÍNIMO. PROPORCIONALIDADE COM RELAÇÃO À CARGA HORÁRIA TRABALHADA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO SALÁRIO MÍNIMO. APLICAÇÃO DO ART 7º, IV, C/C ART 39, § 3º, DA CF/88. APELAÇÃO DO MUNICÍPIO DE LAVRAS DA MANGABEIRA CONHECIDA E DESPROVIDA. APELAÇÃO DE FRANCISCO IRANILDO DINIZ E OUTROS CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.
>
> 1. Cuidam-se os autos de apelações cíveis interpostas, de uma parte pelo Município de Lavras da Mangabeira e, da outra por servidores públicos, irresignados com a decisão do juiz de 1º grau que acolheu parcialmente o pleito dos trabalhadores, determinando que o ente municipal pagasse gratificação de 40% prevista em Lei Orgânica do Município, e rejeitando os pedidos das partes autoras no tocante ao adicional de quinquênio e pagamento pelo menos um salário mínimo como remuneração.
>
> 2. Preliminarmente, deve ser rejeitada a arguição de falta de interesse de agir realizada pelo ente municipal, uma vez que inexiste a necessidade de esgotamento da via administrativa para que, neste caso, possam os autores ter acesso ao Poder Judiciário, além de a nossa Carta Magna consagrar em seu art 5º, inciso XXXV, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Preliminar afastada.

3. O art. 249 da Lei Orgânica do Município de Lavras da Mangabeira é uma norma de eficácia plena, sem depender de legislação ulterior para que possa surtir efeitos. O dispositivo prevê todos os elementos essenciais ao direito pretendido pelas requerentes, notadamente, a hipótese de incidência e o valor do referido adicional. É devida, portanto, a gratificação pó-de-giz, no valor de 40% (quarenta por cento) do salário mensal.
4. No tocante ao adicional de quinquênio, existe prova carreada nos autos que já é pago regularmente às partes autoras, razão pela qual não deve proceder o pedido.
5. A última discussão de mérito circunscreve-se na possibilidade de um servidor público estável receber a título de vencimentos quantia inferior a um salário-mínimo, de forma proporcional à sua jornada de trabalho, uma vez que no presente caso a dos servidores corresponde a apenas quatro horas diárias.
6. De fato, a garantia constitucional do salário mínimo estende-se a qualquer servidor, estando estampada em nossa Carta Magna, no art 7º, IV, c/c art. 39, § 3º. Inexiste qualquer previsão legal que possibilite o pagamento proporcional do salário mínimo de acordo com a jornada de trabalho.
7. A jurisprudência desse Egrégio Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal Federal também consagram esse direito ao servidor público.
8. Tendo em vista tais considerações, o município recorrido deve remunerar seus servidores adequando-se ao quantum limítrofe estipulado na Carta Maior, qual seja, o salário mínimo nacionalmente unificado, expungindo o teratológico cálculo que vincula esse à jornada de trabalho.
9. Apelação de FRANCISCO IRANILDO DINIZ e OUTROS conhecida e parcialmente provida. Apelação do Município de Lavras da Mangabeira conhecida e desprovida. (/CE, Apelação Cível nº 687-74.2006.8.06.0114/1, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Francisco Banhos Ponte, Data de registro: 31/07/2013)

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES CÍVEIS. ADMINISTRATIVO. REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO ESTABELECIDO. ALEGADA PROPORCIONALIDADE À JORNADA DE TRABALHO. OFENSA AO ART. 7º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. REEXAME E RECURSO DO MUNICÍPIO CONHECIDOS E DESPROVIDOS. RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E PROVIDO. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.
1. O art. 7º, IV, da CF/88 destaca ser direito do trabalhador urbano ou rural a percepção do salário mínimo fixado nacionalmente, de modo que tal remuneração garanta a satisfação das necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, resguardando-lhes a dignidade humana.
2. Não há preceptivo constitucional ou legal que autorize a proporcionalidade da remuneração mínima ao número de horas trabalhadas, sobretudo porque o salário mínimo independe da carga horária de trabalho cumprida pelo servidor.
3. Reexame necessário e apelo do Município conhecidos e desprovidos.
4. Recurso apelatório da autora conhecido e provido. (TJ/CE, Apelação/Reexame Necessário nº 45233-32.2010.8.06.0000/0, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, Data de registro: 04/07/2011)

Ressalte-se, ainda, que a Sexta Câmara Cível deste Sodalício, sem discrepar deste entendimento, posiciona-se na mesma direção:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL EM FACE DE SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O MÉRITO DA AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDORA MUNICIPAL ESTATUTÁRIA. PROFESSORA. REMUNERAÇÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. ALEGAÇÃO DE PROPORCIONALIDADE À JORNADA DE TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 7º, INCISOS IV E VII, C/C ART. 39, §3º, AMBOS DA CF/88. PLEITO DE REFORMA QUE SE DÁ PROVIMENTO NESTE PONTO. PEDIDO DE DEPÓSITO DO FGTS. INCOMPATIBILIDADE COM O REGIME JURÍDICO DA SERVIDORA APELANTE. NÃO INCIDÊNCIA DAS REGRAS PREVISTAS NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA PARA JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO INAUGURAL. PRECEDENTES DO STJ E DO TJ/CE.
>
> **I. Consoante disciplina o art. 7º, incs. IV e VII, c/c art. 39, §3º, ambos da Carta Magna, são assegurados aos servidores públicos o salário mínimo "fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.". Precedentes do STF e do TJ/CE.**
>
> **II. Ademais, inexiste qualquer preceptivo legal ou constitucional que permita a proporcionalidade entre a remuneração mínima e o número de horas trabalhadas.**
>
> **III. Com efeito, tendo sido demonstrado através da documentação carreada aos autos que a servidora apelante foi aprovada em concurso público para o exercício da função de auxiliar de serviços gerais, e que o total de seus vencimentos não alcança o patamar mínimo nacionalmente estabelecido, ficou caracterizada a ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e da legalidade, devendo, portanto, ser reformada a v. sentença vergastada, no sentido de julgar procedente, neste ponto, o pleito inaugural.**
>
> IV. No que tange ao pedido de depósito do FGTS, este não se entremostra pertinente, pois, uma vez eleito pelo ente apelado o regime estatutário para regular a relação jurídica com seus servidores, já firmou o Superior Tribunal de Justiça, em hipóteses como a ora em tablado, que: "O FGTS é sistema garantido e exclusivo do regime celetista. É incompatível a aplicação das suas regras a quem compõe o regime estatutário." (STJ; REsp 934.770/RJ; Relator(a): Ministro JOSÉ DELGADO; PRIMEIRA TURMA; julgado em 20/11/2007, Dje 30/06/2008).
>
> V. Apelação cível conhecida e provida. sentença reformada para julgar parcialmente procedente os pedidos constantes na exordial. (TJ/CE,

> Apelação Cível nº 596-25.2006.8.06.0165/1, 6ª Câmara Cível, Rela. Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda, Data de registro: 06/03/2012)

Outra, inclusive, não é a orientação do Supremo Tribunal Federal, consoante se verifica do enunciado da Súmula Vinculante nº 16 e pelo julgado colacionado, *in verbis:*

> **SÚMULA VINCULANTE Nº 16:** OS ARTIGOS 7º, IV, E 39, § 3º (REDAÇÃO DA EC 19/98), DA CONSTITUIÇÃO, REFEREM-SE AO TOTAL DA REMUNERAÇÃO PERCEBIDA PELO SERVIDOR PÚBLICO.
>
> EMENTA: I. Servidor público: salário mínimo. 1. É da jurisprudência do STF que a remuneração total do servidor é que não pode ser inferior ao salário mínimo (CF, art. 7º, IV). 2. Ainda que os vencimentos sejam inferiores ao mínimo, se tal montante é acrescido de abono para atingir tal limite, não há falar em violação dos artigos 7º, IV, e 39, § 2º, da Constituição. 3. Inviável, ademais, a pretensão de reflexos do referido abono no cálculo de vantagens, que implicaria vinculação constitucionalmente vedada (CF, art. 7º, IV, parte final). 4. Recurso Extraordinário provido. II. Inversão dos ônus da sucumbência. (STF; RE 493440 AgR, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJe-018 DIVULG 17/05/2007 PUBLIC 18/05/2007 DJ 18/05/2007)

Diante disso, a r. sentença vergastada que julgou procedente a presente demanda deve manter-se inalterada.

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

É como voto.

Fortaleza, 22 de janeiro de 2014

Nº PROCESSO: 0529990-37.2000.8.06.0001
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL – 6ª Vara Cível de Fortaleza
APELANTE: ARCA D'ALIANÇA DISTRIBUIDORA DE CALÇADOS LTDA.
APELADO: CIRIO ADMINISTRADORA DE VALORES LTDA
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
AJ002

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VEDAÇÃO A INOVAÇÃO RECURSAL. ART. 515, §1º DO CPC. EXCESSO DE EXECUÇÃO NÃO CONFIGURADO. JUROS DE MORA EM 1% AO MÊS ADMITIDO.

1. Deixo de conhecer a tese olvidada pela Apelante, no que diz respeito a falta de nomeação de curador especial e quanto mencionado sobre os arts. 319 e 320 do CPC, haja vista que esta matéria não foi arguida perante o Juízo de primeiro grau e ser proibida a inovação em sede recursal, sob pena de supressão de instância.

2. O juízo de origem julgou totalmente improcedente os embargos monitórios, tornando executivos os títulos apresentados, mas por equívoco quando da digitação da sentença, ficou consignado apenas o titulo de fls. 06. No ensejo, se o juízo monocrático pretendesse validar apenas um, dos dois títulos no processo, a Ação Monitória seria julgada parcialmente procedente, o que não foi o caso. Ressalte-se ainda, que no Mandado de Execução e no de Penhora, ficou consignado o valor dos dois títulos somados, refletindo assim, a verdadeira intenção do Juízo de origem.

3. Já com relação aos juros utilizados na planilha apresentada pelo Apelado, nos autos da Ação Monitória, estes por serem referentes a débitos anteriores a 11 de janeiro de 2003, estão de acordo com o artigo 12, § 3o, da Lei n° 4.591/64.

APELAÇÃO CONHECIDA PORÉM IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0529990-37.2000.8.06.0001, em que figuram, como Apelante ARCA D'ALIANÇA DISTRIBUIDORA DE CALÇADOS LTDA. e, como Apelado CIRIO ADMINISTRADORA DE VALORES LTDA, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível nos Embargos à Execução provenientes de ação monitória interposta por **Círio Administradora de Valores Ltda** em face de Arca Daliança Distribuidora de Calçados Ltda, onde o autor alega, em síntese, que é credor da requerida na importância de R$ - 2.437,00 (dois mil quatrocentos e trinta e sete reais), dívida esta comprovada pelos cheques emitidos pela referida empresa, requerendo ao final o pagamentos do valor mencionado corrigido, custas processuais e honorários advocatícios.

Nos embargos, afirma a embargante, que na referida ação monitória o embargado tentou obter constituição de título executivo e que após seguro o Juízo foi aberta via para oferecimento destes embargos e que embora estivesse o processo de conhecimento eivado de vícios, os embargos só comportariam defesa, se verificadas as hipóteses do art. 741 do CPC.

Alega ele a nulidade da citação e a impossibilidade de haver julgamento à revelia no processo monitório sem que fosse nomeado curador para defender os interesses do embargante e que não se pode falar em preclusão, face a nulidade da citação, requerendo ao final a nulidade do processo monitório e a declaração do excesso de execução.

Sentença às fls. 41/43, onde o Juiz de primeiro grau entende que não há que falar-se em nulidade da citação no processo monitório e que a revelia foi decretada não em face da ausência de defesa, mas de sua apresentação fora do prazo, tendo a sentença transitado em julgado sem qualquer oposição do embargado, só podendo a mesma ser objeto de ação rescisória e que no tocante a alegação de excesso de defesa, esta também foi infeliz.

Alega ainda ser impertinente a tentativa do embargante, em sede de embargos à execução de obter a nulidade do processo monitório e restabelecer prazos preclusos, rejeitando ao final os embargos e determinando o prosseguimento do processo de execução.

Irresignada com a decisão, a promovida interpôs recurso de apelação onde reafirma o excesso de execução, reconhecimento tácito da procedência dos embargos, não enquadramento da apelada nas ressalvas dos incisos do artigo 320 do CPC, nulidade da citação por hora certa, falta de nomeação de curador especial para a embargante na ação monitória e manifestação extemporânea da apelante nos autos da monitória não suprindo o vício e manifesto prejuízo.

É o relatório.

À douta Revisão.

Fortaleza, 15 de Junho de 2012.

VOTO

Antes de qualquer iniciativa, deixo de conhecer a tese olvidada pela Apelante, no que diz respeito a falta de nomeação de curador especial e quanto mencionado sobre os arts. 319 e 320 do CPC, haja vista que esta matéria não foi arguida perante o Juízo de primeiro grau e ser proibida a inovação em sede recursal, sob pena de supressão de instância.

É que o § 1° do art. 515 do Código de Processo Civil – CPC, disciplina o seguinte:

> "Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
>
> §1° Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro."

Assim, frente ao dispositivo legal em comento, conclui-se, sem delongas, que apenas poderão ser objeto de apreciação e julgamento pela Segunda Instância as questões suscitadas e discutidas no processo, ou seja, os pontos controvertidos relacionados com a causa de pedir em que se fundam a pretensão esposada na petição

inicial e com a contestação apresentada.

No entanto, conheço do recurso, somente no que diz respeito ao alegado excesso de execução.

Alega a Apelante que o juízo de piso validou, transformando-o em título judicial, apenas o título de fls. 06, não se manifestando sobre o título de fls. 09, e, que os juros de mora foram calculados com a taxa de juros de 1% (um por cento) ao mês, quando deveriam ser limitados em 0,5% (meio por cento), configurando assim, excesso de execução.

Primeiramente, cumpre esclarecer que o juízo de origem julgou totalmente improcedente os embargos monitórios, tornando executivos os títulos apresentados, mas por equívoco quando da digitação da sentença, ficou consignado apenas o titulo de fls. 06.

No ensejo, se o juízo monocrático pretendesse validar apenas um, dos dois títulos no processo, a Ação Monitória seria julgada parcialmente procedente, o que não foi o caso. Ressalte-se ainda, que no Mandado de Execução ficou consignado o valor dos dois títulos somados, refletindo assim, a verdadeira intenção do Juízo de origem.

Já com relação aos juros utilizados na planilha apresentada pelo Apelado, nos autos da Ação Monitória, estes por serem referentes a débitos anteriores a 11 de janeiro de 2003, estão de acordo com o artigo 12, § 3o, da Lei n° 4.591/64.

Neste sentido, vejamos:

> "DESPESAS DE CONDOMÍNIO - COBRANÇA - JUNTADA DA ATA DA ASSEMBLÉIA - DESNECESSIDADE - LICITUDE NA COBRANÇA DOS VALORES APONTADOS NA INICIAL - **JUROS MORATÓRIOS DE 1% ANTES DA VIGÊNCIA DO ATUAL CÓDIGO CIVIL - ADMISSIBILIDADE - PREVISÃO LEGAL - ARTIGO 12, § 3o, DA LEI Nº 4.591/64** - RECURSO NÃO PROVIDO". (TJ/SP. Apelação Cível nº. 992060190832 SP , Relator: Ferraz Felisardo, Data de Julgamento: 30/06/2010, 29ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 07/07/2010 – Grifo nosso)

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

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 14 de agosto de 2012.

APELAÇÕES CÍVEIS N. 54398-76.2005.8.06.0001/1 E N. 67776-02.2005.8.06.0001/1 DE FORTALEZA
APELANTE: PAULO SOUZA BARBOSA JÚNIOR
APELADA: JJR CHURRASCARIA PICANHA AMODA LTDA. - EPP
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CAUTELAR DE ARRESTO E AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CHEQUE AVALIZADO PELA APELADA E DEVOLVIDO SEM O PAGAMENTO. ACOLHIMENTO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E EXTINÇÃO DAS AÇÕES, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. RECURSOS PROVIDOS.

1. A matéria posta a julgamento necessita de dilação probatória, o que inviabiliza a oposição de exceção de pré-executividade, vez que, consoante já decidiu o STJ, "a exceção de pré-executividade é inadmissível se a matéria necessita de dilação probatória" (STJ, AgRg no Ag 1381775/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, DJe 28.06.2013), devendo a discussão, por conseguinte, ocorrer em sede de embargos do devedor.

2. Apelações conhecidas e providas, desfazendo-se a sentença, julgando-se improcedente a exceção de pré-executividade e determinando-se o prosseguimento da ação de execução de título executivo extrajudicial extinta pelo Juiz *a quo*.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações manejadas por Paulo Souza Barbosa Júnior, adversando a sentença proferida pelo Juízo da 30ª Vara Cível de Fortaleza que extinguiu, sem resolução de mérito, ação de execução de título executivo extrajudicial e ação cautelar de arresto propostas pelo Apelante em desfavor de JJR Picanha Amoda Ltda. - EPP.

O Autor sustenta, em síntese, que é representante comercial de bebidas alcoólicas e que a Demandada adquiriu vários produtos por ele comercializados, pagando-os com cheque do Banco do Brasil no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) que, emitido pela Petribares Empreendimentos Hoteleiros Bares e Restaurantes Ltda. e avalizado pela Promovida, foi devolvido sem o pagamento, pelo motivo 21 (contraordem por ordem do emitente).

Além disso, o Demandante afirma que tentou por diversas vezes, sem sucesso, receber amigavelmente o valor devido, havendo sido, inclusive, preparado termo de compromisso e assunção de dívida, através do qual o débito foi parcelado em 44 (quarenta e quatro) parcelas, sendo que a Requerida, ao argumento de que bastava acordo verbal, recusou-se a assiná-lo, tendo pago apenas duas parcelas e parte da terceira.

Alegando a necessidade de se assegurar o resultado prático de futura ação de execução de título executivo extrajudicial, pleiteou o Promovente, então, o arresto de bens da Ré.

O Juiz *a quo* deferiu a medida liminar de arresto (f. 37-39 da cautelar), tendo sido posteriormente ajuizada pelo Requerente a ação principal (ação de execução de título executivo extrajudicial).

A Demandada, em exceção de pré-executividade por ela oposta (f. 26-32 da principal), afirmou que:

a) o cheque executado deu origem a termo de compromisso e assunção de responsabilidade, de modo que o aludido título de crédito não preenche os requisitos da certeza, da liquidez e da exibilidade;

b) dos R$ 30.000,00 (trinta mil reais) já foram pagos R$ 4.000,00 (quatro mil reais), restando apenas a quantia de R$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais), dívida que foi parcelada em 44 (quarenta e quatro) parcelas semanais.

Sentenciando o feito (f. 50-52 da principal), o Magistrado de 1º Grau acolheu a exceção de pré-executividade, declarando nula a execução e extinguindo, sem resolução de mérito, a ação executiva e também a ação cautelar de arresto, com a consequente liberação dos bens arrestados, condenando o Autor ao pagamento dos

honorários advocatícios da Promovida, os quais foram arbitrados em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Em suas razões recursais (f. 78-86 da cautelar e f. 55-63 da principal), o Apelante aduz, em sinopse, que:

a) assinou o termo de compromisso e assunção de responsabilidade e entregou ao representante da Apelada para que assinasse, mas ele, asseverando que iria pedir o visto do seu advogado e, após isso, devolveria o documento, nunca mais enviou de volta a via do Recorrente, além do que o instrumento trazido aos autos pela Recorrida não foi firmado pela pessoa jurídica executada, senão apenas por João Rodrigues da Silva;

b) somente pode ser alegada em exceção de pré-executividade matéria de ordem pública, que pode ser conhecida, de ofício, pelo magistrado e, ademais, em havendo necessidade de dilação probatória, como ocorre na espécie, não se admite a oposição de exceção de pré-executividade, devendo a discussão da matéria ocorrer por meio de embargos à execução.

Pugna o Apelante, enfim, pelo provimento dos recursos, julgando-se improcedente a exceção de pré-executividade e determinando-se o prosseguimento da ação de execução de título executivo extrajudicial extinta pelo Juiz *a quo*.

Contrarrazões da Recorrida às f. 72-78 da principal.

Inicialmente distribuídos ao Des. Ernani Barreira Porto em 11.10.2006 (f. 106 da cautelar e f. 84 da principal), os autos (cautelar e principal) passaram pela relatoria da Desa. Maria Celeste Thomaz de Aragão, do Des. Celso Albuquerque Macêdo e do Des. Manoel Cefas Fonteles Tomaz, havendo sido a mim redistribuídos em 21.11.2011 (f. 122 da cautelar e f. 113 da principal), por encaminhamento.

É o relatório, no essencial.

VOTO

Os recursos merecem provimento.

O Recorrente nega a eficácia do termo de compromisso e assunção de responsabilidade, alegando para tanto que o representante da Apelada recebeu o documento assinado, mas nunca devolveu a via do Apelante e que, ademais, não consta do instrumento a firma da Empresa devedora, ora recorrida.

É de se concluir, portanto, que existe controvérsia relativamente à validade do termo de compromisso e assunção de responsabilidade.

Além disso, o termo de compromisso e assunção de responsabilidade, aparentemente, não retirou a exigibilidade do cheque, mesmo porque consta do parágrafo

primeiro do instrumento (f. 35 da principal) que o mencionado título de crédito seria devolvido somente após o pagamento integral do débito, tendo havido, ao que tudo indica, mero parcelamento da dívida, permanecendo íntegro e exigível o cheque.

Ressalto, ainda, que a Apelada não juntou aos autos prova do pagamento das parcelas previstas no termo de compromisso e assunção de responsabilidade, de forma que não se pode, sem aprofundado exame da questão (com produção de provas), extinguir a execução e deixar o Recorrente (credor) sem receber o valor que lhe é devido.

A matéria posta a julgamento necessita de dilação probatória, o que inviabiliza a oposição de exceção de pré-executividade, vez que, consoante já decidiu o STJ, "a exceção de pré-executividade é inadmissível se a matéria necessita de dilação probatória" (STJ, AgRg no Ag 1381775/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, DJe 28.06.2013), devendo a discussão, por conseguinte, ocorrer em sede de embargos do devedor.

Acerca do assunto, colaciono os seguintes julgados:

> […] EXCESSO DE EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.[…]
> 1. A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, quais sejam, que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juízo e que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória. 2. No caso concreto, sendo necessária a dilação probatória para se verificar o excesso de execução, não cabe a exceção de pré-executividade.[…] (STJ, AgRg no REsp 1307320/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, DJe 21.08.2013)
>
> […] NÃO CABIMENTO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE QUANDO DEPENDER DE PROVA, AINDA QUE SE TRATE DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. […]
> 2.- Não é cabível a exceção de pré-executividade quando depender de dilação probatória, ainda que a questão tratada seja impenhorabilidade do bem de família. Precedentes. […] (STJ, EDcl no REsp 1363253/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 24.06.2013)
>
> […] EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. […] NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO CABIMENTO. […]
> 2.- A exceção de pré-executividade não é cabível quando as questões suscitadas dependerem de prova ou da análise de disposições contratuais. […] (STJ, AgRg no AREsp 297550/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 05.06.2013)
>
> […] EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA FIRMADA PELA ORIGEM. NÃO CABIMENTO DA EXCEÇÃO. […]
> 2. Só é cabível exceção de pré-executividade quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem

> formal: a) que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e b) que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória. 3. Na espécie, o Tribunal de origem expressou entendimento de que "a apreciação da lide posta a desate, neste momento, deve se cingir à análise da pertinência subjetiva da demanda, relegando-se a apuração da existência de responsabilidade a eventuais embargos à execução, por se tratar de matéria fática de fundo, sujeita à instrução probatória". […] (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1217385/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, DJe 19.04.2013)
>
> […] EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. REJEIÇÃO. […]
> 1. "A exceção de pré-executividade pressupõe os seguintes requisitos: (a) a matéria invocada deve ser suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é necessário que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória. Verificando-se que as questões postas pela parte são controvertidas e necessitam de prova para perfeita elucidação, deve ser suscitada em sede de embargos de devedor." (AgRg no Ag 1176665/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, unânime, DJe 19/05/2011) […] (STJ, EDcl no Ag 1067944/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 12.08.2011)
>
> […] EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. […]
> 3. A exceção de pré-executividade pressupõe os seguintes requisitos: (a) a matéria invocada deve ser suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é necessário que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória. Verificando-se que as questões postas pela parte são controvertidas e necessitam de prova para perfeita elucidação, deve ser suscitada em sede de embargos de devedor. […] (STJ, AgRg no Ag 1176665/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, DJe 19.05.2011)

Diante do exposto, conheço das Apelações interpostas, dando-lhes provimento para, desconstituindo a sentença combatida, julgar improcedente a exceção de pré-executividade e determinar o prosseguimento da ação de execução de título extrajudicial extinta pelo Magistrado de 1º Grau.

Deixo de condenar a Recorrida ao pagamento da verba honorária do Apelante em virtude da improcedência da exceção de pré-executividade, haja vista que "não é cabível a condenação em honorários advocatícios em exceção de pré-executividade julgada improcedente" (STJ, EREsp 1048043/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, DJe 29.06.2009).

Fortaleza, 10 de fevereiro de 2014.

PROCESSO Nº 0585697-87.2000.8.06.0000/1
APELAÇÃO DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: DETRAN
APELADO: JM AUTOESCOLA LTDA.
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DAS ATIVIDADES DE AUTOESCOLA. CONSTATAÇÃO DA AUSÊNCIA DO PLENO DIREITO DE DEFESA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. SENTENÇA MANTIDA. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

1. Para fins de mandado de segurança, compete ao impetrante demonstrar seu direito líquido e certo e a ilegalidade ou o abuso de poder praticado por autoridade coatora ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

2. No caso, não se depreende dos autos que à apelada, assim como à sua respectiva diretora, tenham sido assegurada ampla defesa no procedimento que culminou em séria sanção disciplinar à pessoa jurídica recorrida. Realmente, a Controladoria Regional de Trânsito – CRT, órgão integrante do DETRAN, não cuidou de oportunizar defesa adequada e real contraditório aos fatos alegados contra a postura e idoneidade da autoescola apelada.

3. O único ato de defesa do mencionado procedimento administrativo, comprovadamente existente nos autos, consubstancia-se em defesa escrita, assinada pela diretora da JM Autoescola Ltda. Depois disso, simplesmente veio a notícia sancionatória (Portaria nº 14/2001 – COHAB/DETRAN-CE), sem maiores providências, porventura necessárias à certificação do ato sancionatório

firmado pela autoridade administrativa. Assim, não houve colheita da ouvida de testemunhas, por exemplo, ou mesmo oportunização da produção de provas outras para a firme convicção da autoridade sancionadora.
4. Nessa trilha, destaco que defesa sumária não significa defesa precária, devendo, sempre, em qualquer tipo de processo, seja judicial ou administrativo, oportunizar-se o pleno direito defesa ao interessado, sob pena de afronta aos princípios baluartes do acesso à justiça, isto é, à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, todos assegurados na Carta da República (art. 5º, LV da CF/88).
5. Reexame Necessário e Recurso de Apelação conhecidos e improvidos.

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 e negar provimento ao Reexame Necessário e ao Recurso de Apelação, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Cuida-se de Reexame Necessário e Apelação Cível interposta pelo DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO – DETRAN contra sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da comarca de Fortaleza, nos autos do Mandado de Segurança nº 0585697-87.2000.8.06.0000/0, deduzido por JM AUTOESCOLA LTDA., que concedeu a segurança, tornando sem efeito ato administrativo emanado do DETRAN, determinando a suspensão temporária das atividades da autoescola.

Segundo noticiam os autos, a autoescola em evidência foi contratada por Manoel Pereira da Silva com o fim de propiciar o devido treinamento prático de direção veicular, necessário para o exame de habilitação automotiva do contratante perante a autarquia de trânsito. Acontece que ao cabo das aulas práticas de direção automotiva, o pretenso motorista não assimilou devidamente as instruções técnicas, segundo o crivo da autoescola. Tal fato desencadeou animosidade entre a contratada e o aluno,

Manoel Pereira da Silva, ao ponto do contratante ter chegado às vias de fato com um dos empregados da autoescola, gerando lesões corporais em ambos (fls. 12; 61/69; 92/106).

Sucede que a JM Autoescola Ltda. fora notificada pela Controladoria Regional de Trânsito – CRT para apresentar defesa acerca dos fatos em destaque. Feita a defesa escrita, a apelada fora cientificada da decisão administrativa de suspensão temporária das atividades, além da sanção de advertência aplicada à diretora da autoescola, por meio da Portaria nº 14/2001 – COHAB/DETRAN-CE, publicada no D.O.E. de 07/01/2002 (fls. 13/19; 83/85).

Frente a tal panorama, sustenta a recorrida inexistência de base legal para a medida drástica tomada pela autarquia apelante, configurando-se em abuso de autoridade. Aduz que o episódio ocorrido não passou de um conflito pessoal entre aluno e funcionário da empresa, portanto, longe de se traduzir em ato de improbidade contra a Administração Pública – fundamento utilizado pela autoridade administrativa –, a ponto de ser-lhe aplicada sanção administrativa de suspensão temporária de atividades (art. 14, III e Resolução nº 74/98).

Nessa quadra, ressalta que a autoridade administrativa também valeu-se da Portaria DEHAB/SUPERINTENDÊNCIA/DETRAN/CE nº 625/99 para aplicação da suspensão temporária de suas atividades, sendo que a referida norma é bastante clara a prenunciar a necessidade de reincidência de falta para a aplicação da penalidade, situação que não se aplica a recorrida.

Por fim, assevera afronta direta ao princípio do devido processo legal, vez que não houve adequada oportunização do contraditório, notadamente em relação à diretora da autoescola, que não ofertou, sequer, defesa escrita em seu prol, mas apenas em nome da JM Autoescola Ltda. (fls. 01/10).

O magistrado de piso concedeu a segurança requestada, tornando sem efeito a citada Portaria nº 14/2001 – COHAB/DETRAN-CE, publicada no D.O.E. de 07/01/2002, por entender tolhido o direito de defesa da apelada, além da precária fundamentação do ato administrativo atacado (art. 93, IX da CF/88) (fls. 172/176).

Em suas razões recursais, advoga a autarquia apelante que conduziu devidamente o procedimento que culminou na sanção da apelada, devendo ser inteiramente reformada a sentença (fls. 183/188).

Não há contrarrazões.

A Procuradora de Justiça opinou pela desnecessidade da manifestação ministerial, dada a ausência de interesse público (fls. 246/254).

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Remessa oficial conhecida a teor do art. 14, § 1º da Lei nº 12.016/2009. Recurso de Apelação que atende aos pressupostos de admissibilidade. Passo à análise da controvérsia.

Para fins de mandado de segurança, compete ao impetrante demonstrar seu direito líquido e certo e a ilegalidade ou o abuso de poder praticado por autoridade coatora ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Direito líquido e certo é aquele comprovado de plano, por documento inequívoco e independentemente de exame técnico e dilação probatória. Logo, com a inicial, o impetrante deve fazer prova indiscutível, completa e transparente do direito alegado, sem necessidade de dilação probatória.

Conforme consignado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, citado por Carlos Alberto Menezes Direito, em sua obra *Manual do Mandado de Segurança*, Editora Renovar, 3ª ed., p. 63: "*o pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante e não à procedência desta, matéria de mérito (RTJ 133/1.314)"*.

Feitas tais considerações, a confirmação da sentença é medida que se impõe.

Com efeito, não se depreende dos autos que à apelada, assim como à sua respectiva diretora, tenham sido assegurada ampla defesa no procedimento que culminou em séria sanção disciplinar à pessoa jurídica recorrida. Realmente, a Controladoria Regional de Trânsito – CRT, órgão integrante do DETRAN, não cuidou de oportunizar defesa adequada e real contraditório aos fatos alegados contra a postura e idoneidade da autoescola apelada.

O único ato de defesa do mencionado procedimento administrativo, comprovadamente existente nos autos, consubstancia-se na defesa de fls. 14/15, assinada pela diretora da JM Autoescola Ltda. Depois disso, simplesmente veio a notícia sancionatória (Portaria nº 14/2001 – COHAB/DETRAN-CE), sem maiores providências, porventura necessárias à certificação do ato sancionatório firmado pela autoridade administrativa (fls. 14; 83/85).

Assim, não houve colheita de depoimentos de testemunhas, por exemplo, ou mesmo oportunização da produção de provas outras para a firme convicção da autoridade sancionadora.

A apelada viu-se, simplesmente, prestes a privar-se do livre exercício de suas atividades, pelo período de suspensão determinado pela autoridade administrativa, de forma abrupta, valendo-se a autarquia de trânsito de precária fundamentação, com esteio na Portaria DEHAB/SUPERINTENDÊNCIA/DETRAN/CE nº 625/99 e na Resolução nº 74/98, que dispõem, a meu ver, de situações jurídicas distintas.

Vejamos, no que importa, a redação do art. 19 da Portaria DEHAB/SUPERINTENDÊNCIA/DETRAN/CE nº 625/99, *verbis*:

> Portaria DEHAB/SUPERINTENDÊNCIA/DETRAN/CE nº 625/99
> [...]
> Art. 19 – A não observância do exposto no teor desta Portaria pelo Diretor Geral, Diretor de Ensino e Instrutor do Centro de Formação de Condutor (CFC), e comprovado em procedimento administrativo sumário, sendo de logo resguardado o direito de defesa, e, em função de sua gravidade ensejará nas seguintes penalidades puníveis pelo Superintendente do DETRAN/CE:
> [...]
> II – Suspensão das atividades do CFC por 30 (trinta) dias: quando da reincidência de qualquer falta;

Essa portaria dispõe sobre o registro e o funcionamento dos Centros de Formação de Condutores e estabelece os procedimentos necessários para o processo de habilitação, normas relativas à aprendizagem e exames de habilitação, nada dispondo a respeito da conduta pessoal dos diretores e instrutores dos cursos de autoescolas. Em verdade, dá ênfase à fase de credenciamento dos referidos CFC's para o exercício das atividades a eles atribuídas por lei e regulamentos. Inobstante, serviu de base legal para a decisão sancionatória contra a apelada, que, segundo os autos, sequer é reincidente em falta disciplinar.

De outra banda, temos a Resolução nº 74/98, cujo art. 14 reza assim:

> Resolução nº 74/98
> [...]
> Art. 14. Consideram-se infrações de responsabilidade das Controladorias Regionais de Trânsito – CRT's e dos Centros de Formação de Condutores – CFC's, puníveis pelo dirigente do órgão executivo de trânsito dos Estados ou do Distrito Federal:
> [...]
> III – prática de atos de improbidade contra a fé pública, contra o patrimônio ou contra a administração pública ou privada;
> § 1º São consideradas infrações de responsabilidade específica da Direção de Ensino do Centro de Formação de Condutor – CFC, puníveis pelo órgão executivo de trânsito dos Estados ou do Distrito Federal:
> I – negligência na fiscalização das atividades dos instrutores, bem como, nos serviços administrativos de sua responsabilidade direta;

> [...]
> § 4º No curso do processo para comprovação das infrações, será assegurado o pleno direito de defesa escrita aos integrantes das Controladorias Regionais de Trânsito – CRT's e do Centro de Formação de Condutores – CFC.

Nesse ponto, longe de perquirir acerca do mérito administrativo, é de se ver, na trilha do que acima esposado, a deficiência da defesa da apelada, merecendo destaque afirmar que defesa sumária não significa defesa precária, devendo, sempre, em qualquer tipo de processo, seja judicial ou administrativo, oportunizar-se o pleno direito defesa ao interessado, sob pena de afronta aos princípios baluartes do acesso à justiça, isto é, à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, todos assegurados na Carta da República (art. 5º, LV da CF/88).

Como bem ressaltou o magistrado de piso, de modo a evidenciar a precariedade da defesa da apelada:

> "O que se constata é que a Impetrante faz referência a vários fatos e pessoas que deveriam ter sido oitivadas em sede de procedimento administrativo regular, ou seja, deveria ter assegurado que aqueles fatos ocorridos nas dependências da empresa, incluindo agressões, luta corporal, exame de corpo de delito e apresentação de TCO na Delegacia competente e solicitação de abertura de procedimento no Juizado Especial Criminal, foi levado em consideração pela douta Autoridade Impetrada.
> A regra estabelecida no inciso IX do art. 93 da CF não deixa margem de dúvidas ao afirmar que a falta de motivação é causa de nulidade absoluta das decisões proferidas tanto no processo judicial como nos procedimentos administrativos, indistintamente.
> [...]
> São, evidentemente, fatos da maior gravidade, que foram olvidados, até porque não existe sequer provas de que a CRT tenha de fato instaurado um procedimento administrativo, o que deveria ter comprovado quando do seu chamamento a juízo, o que não fez.
> Sob tal prisma, o ato administrativo sob enfoque, carece de consistência formal, configurando-se, pela forma como for executado, afrontoso aos princípios da legalidade, da razoabilidade e do devido processo legal, além de apresentar-se externamente, com claros indícios de desvio de finalidade."

Assim, não há outra conclusão senão a constatação da ausência do direito de plena defesa à apelada, na ambiência administrativa, razão pela qual irreprochável a decisão judicial de piso.

Nesses moldes, consoante o 5º, LXIX, da CR/88 c/c art.1º da Lei 12.016/09, o mandado de segurança é a via adequada para se afastar os atos de autoridade que,

praticados em desconformidade com a lei, violam o direito individual ao devido processo legal em sede de procedimento administrativo.

Diante do exposto, **CONHEÇO** da Remessa Oficial e do Recurso de Apelação, **NEGANDO-LHES PROVIMENTO**, devendo permanecer incólume a sentença.

É como voto.

Fortaleza, 19 de maio de 2014.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0000591-44.2005.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTE: BANCO ABN AMRO REAL S/A
APELADA: SILVÂNIA MASCARENHAS DA COSTA PINHEIRO
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXTRAVIO DE CHEQUES. RESPONSABILIDADE DO BANCO PELO ENVIO. COBRANÇAS INDEVIDAS SOFRIDAS PELO CLIENTE. DANO MORAL CARACTERIZADO. REDUÇÃO DO *QUANTUM* REPARATÓRIO. ESTABELECIMENTO, DE OFÍCIO, DO MOMENTO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS MORATÓRIOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O desaparecimento de cheques, por culpa do banco, gerou cobranças indevidas, causadoras de angústia e constrangimento, afigurando-se evidente a existência do dano moral, importando salientar que, nos termos do art. 14, *caput*, do CDC, o estabelecimento bancário responde, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

2. O valor da indenização por danos morais deve ser estipulado com razoabilidade, observadas as características do caso concreto, devendo ser reduzido de R$ 9.300,00 (nove mil e trezentos reais) para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), *quantum* que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

3. Fixação, de ofício, do momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais, observando-se, para esse fim, a Súmula 362 do STJ, *in verbis*: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

4. Os juros moratórios, arbitrados de ofício, são devidos a partir da citação, à taxa de 1% ao mês, em consonância com o art. 406 do Código Civil e com o art. 161, § 1º, do CTN. **5**. Apelação conhecida 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, estabelecer, de ofício, o momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais e arbitrar, de ofício, os juros moratórios, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação manejada pelo Banco Abn Amro Real S/A, adversando a sentença proferida pelo Juízo da 24ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação de indenização por danos morais proposta em seu desfavor por Silvânia Mascarenhas da Costa Pinheiro, julgou procedente o pedido.

Na peça exordial (f. 03-11), a Autora alega que é cliente do Banco demandado desde abril de 1997 e que, em 19 de agosto de 2004, recebeu ligação de Factoring, informando-lhe que se encontrava na referida empresa pessoa querendo trocar cheque emitido pela Promovente e esta, por ter achado estranho e não se lembrar desse fato, pediu que lhe fosse enviada, por fax, cópia do título de crédito, havendo constatado que a assinatura constante do cheque era diferente da sua.

Argumenta a Demandante, demais disso, que procurou saber, junto ao Promovido, o que tinha ocorrido, tomando ciência de que 66 (sessenta e seis) cheques seus, quando do envio deles à Requerente pelo Requerido e antes de chegarem às mãos dela, foram extraviados, caindo nas garras de estelionatários, o que motivou a feitura de boletim de ocorrência, com a posterior instauração de inquérito policial.

A Autora sustenta, ainda, que sempre gozou de excelente reputação e que, em razão desse fato, recebeu várias cobranças indevidas (inclusive no seu local de trabalho e com palavras grosseiras) de cheques extraviados e por ela não emitidos, o que lhe causou constrangimento e angústia, requerendo, dessa forma, a condenação do Réu ao pagamento de indenização por danos morais em montante não inferior a R$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Sentenciando o feito (f. 136-143), o Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, condenando o Demandado a pagar à Promovente a quantia de R$ 9.300,00 (nove mil e trezentos reais), a título de indenização por danos morais.

Embargos de declaração opostos pela Requerente foram parcialmente acolhidos pelo Magistrado de 1º Grau, com a condenação do Promovido ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais foram arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (f. 147-150 e f. 152-153).

Em suas razões recursais (f. 155-174)), o Apelante aduz, em sinopse, que:

a) adotou todas as providências necessárias para preservar o patrimônio da Apelada;

b) os cheques utilizados por terceiros não causaram nenhuma restrição financeira à Recorrida;

c) além de a situação vivenciada pela Apelada configurar caso de mero aborrecimento, não foram por ela demonstrados os alegados danos morais, o que enseja a improcedência do pleito reparatório;

d) ainda que se entenda pela sua condenação, deve ser reduzido o *quantum* indenizatório de R$ 9.300,00 (nove mil reais e trezentos reais), fixado pelo Juiz *a quo*.

Pugna o Recorrente, enfim, pelo provimento do recurso, julgando-se improcedente o pedido inaugural ou reduzindo-se o montante da indenização.

Em suas contrarrazões (f. 189-201), a Recorrida requer o improvimento do apelo, com a consequente manutenção da sentença atacada.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso merece apenas parcial provimento. Ademais, devem ser supridas, de ofício, as omissões da sentença, no que tange ao estabelecimento do momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais e à fixação dos juros moratórios.

O Apelante sustenta que os danos morais inexistem, vez que tomou todos os cuidados necessários para preservar o patrimônio da Apelada e, além disso, o extravio dos cheques não acarretou a ela nenhuma restrição financeira, de maneira que tudo não passou de simples aborrecimento, não havendo que se falar, por conseguinte, em indenização por danos morais.

Razão não lhe assiste.

As testemunhas ouvidas em Juízo (f. 106-109) confirmaram que os cheques, por força do extravio, foram indevidamente utilizados por terceiros, o que ocasionou o recebimento, pela Recorrida, de várias cobranças, com toda a importunação delas decorrentes.

Assim sendo, por culpa do Recorrente, vários cheques da Apelada desapareceram antes de chegarem às mãos dela, o que gerou cobranças indevidas, causadoras de angústia e constrangimento, afigurando-se evidente a existência do dano moral.

De mais a mais, aplica-se à hipótese dos autos o art. 14, *caput*, do CDC[1], na medida em que o Apelante responde, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

Acerca do assunto em análise, colaciono os seguintes julgados:

> APELAÇÃO CÍVEL - EXTRAVIO DE TALONÁRIO DE CHEQUES - RESPONSABILIDADE DO BANCO PELO ENVIO - UTILIZAÇÃO DOS CHEQUES POR TERCEIROS - COBRANÇA INDEVIDA - DANO MORAL CONFIGURADO.
> Configurada a má prestação de serviços prestados pelo Banco, já que restou extraviado o talonário de cheques por ele enviado, e ante a comprovação da utilização e apresentação dos cheques por terceiros, impõe-se o reconhecimento do dano moral sofrido pelo correntista, mormente frente à cobrança indevida contra o mesmo. (TJMG, Apelação Cível 2083254-11.2009.8.13.0056, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, 13ª Câmara Cível, julgamento em 12.04.2012, publicação em 17.04.2012)

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - ENVIO DE TALONÁRIO DE CHEQUES PARA ENDEREÇO DISTINTO DO LOCAL DE RESIDÊNCIA DO CORRENTISTA - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - EMISSÃO DE TÍTULO POR ESTELIONATÁRIO - DEVOLUÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS - EXCLUDENTE POR FATO DE TERCEIRO - NÃO-CONFIGURAÇÃO - DANO MORAL – OCORRÊNCIA.
> - Para que se condene alguém ao pagamento de indenização por dano moral, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo.- Versando o litígio a respeito da responsabilidade do requerido por fato do serviço e sendo inegável que a relação jurídica entre as partes é de consumo (art. 2º e 3º, Lei n. 8.078/90), nos termos do *caput* do art. 14, do CDC, para a análise da procedência, ou não, do pedido formulado na inicial, é despicienda a averiguação da existência de culpa da instituição financeira. […] - No caso dos autos, a falha do requerido, em enviar o talonário do requerente para endereço de terceiro, foi a causa preponderante para a devolução do título. Portanto, o evento danoso não decorreu unicamente da ação do estelionatário que emitiu o cheque, mas, sim, desta, conjugada

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

> com a negligência do requerido.- Há violação da honra subjetiva e objetiva do autor, no fato de ele ter sido cobrado pelo pagamento de título emitido por terceiro de má-fé e que havia sido enviado pelo réu a endereço distinto de onde reside. (TJMG, Apelação Cível 2022501-98.2006.8.13.0313, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª Câmara Cível, julgamento em 29.05.2008, publicação em 10.06.2008)

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - EXTRAVIO DE TALONÁRIO DE CHEQUES - CULPA '*IN VIGILANDO*' - PROVA DA ENTREGA POR CARTÃO MAGNÉTICO E UTILIZAÇÃO DE SENHA PESSOAL - ÔNUS DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - COMPENSAÇÃO INDEVIDA - AUSÊNCIA DE CONFERÊNCIA DA ASSINATURA - DANOS MATERIAIS DEVIDOS - DANOS MORAIS DEVIDOS - ATO ILÍCITO CARACTERIZADO.
> É da responsabilidade da Instituição Financeira zelar pela entrega dos talonários de cheque somente à pessoa autorizada a recebê-los, respondendo, em caso de eventual falha, por 'culpa *in vigilando*', pela negligência de seus funcionários. O valor da indenização deverá ser arbitrado procurando-se compensar os sofrimentos experimentados pelas vítimas e, ainda, punir os infratores pelo dano causado, sem permitir, entretanto, o enriquecimento ilícito da outra parte. Apelação não provida. (TJMG, Apelação Cível 3041193-93.2004.8.13.0024, Rel. Des. Pereira da Silva, 10ª Câmara Cível, julgamento em 14.08.2007, publicação em 24.08.2007)

Assim, postas as premissas necessárias, passo a examinar o valor da indenização.

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$ 5.000,00 (cinco mil reais), *quantum* que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

Não tendo o Magistrado de 1º Grau se pronunciado acerca do momento inicial da correção monetária do montante da indenização por danos morais nem sobre os juros moratórios, supro, de ofício, as omissões.

Relativamente ao momento inicial da correção monetária do *quantum* reparatório, deve ser observada a Súmula 362 do STJ, segundo a qual "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento", devendo a correção monetária ocorrer, portanto, a partir da prolação do presente acórdão.

Em se tratando de responsabilidade contratual, caso dos autos, o STJ já decidiu que "os juros moratórios possuem como termo inicial a data da citação" (STJ, EDcl no REsp 538279/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 29.08.2012).

Desse modo, os juros moratórios devem ser fixados, a contar da citação, em 1% (um por cento) ao mês, em conformidade com o art. 406 do Código Civil 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$ 9.300,00 (nove mil e trezentos reais) para R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e, de ofício, estabeleço o momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais como sendo a data do arbitramento, neste Tribunal, nos termos da Súmula 362 do STJ, e, também de ofício, arbitro os juros moratórios, devidos a partir da citação, em 1% (um por cento) ao mês, mantendo, no mais, a sentença combatida.

Fortaleza, 17 de fevereiro de 2014.

PROCESSO N° 0000066-12.2010.8.06.0058.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: ESPÓLIO DE CARLOS SOARES E SILVA.
APELADA: LIDUÍNA AGUIAR SOARES.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. APELAÇÃO. POSSE EXCLUSIVA, PACÍFICA, NOTÓRIA E POR DILARGADO PERÍODO DE TEMPO EXERCIDA PELA "FILHA DE CRIAÇÃO" DO AUTOR DA HERANÇA. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA *SAISINE*. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ESBULHO. ÔNUS PROBATÓRIO DA PARTE AUTORA. REQUISITOS AUTORIZADORES DA TUTELA POSSESSÓRIA NÃO COMPROVADOS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Exsurge do acervo probatório, notadamente da prova testemunhal, que o autor da herança detinha a posse do imóvel reclamado e, após a sua morte, a apelada, sua "filha de criação", passou a exercê-la com exclusividade, sem qualquer oposição e de forma notória, explorando economicamente o bem de raiz mediante o seu arrendamento por mais de vinte anos.

2. Saliente-se que embora se reconheça a posse indireta dos sucessores do *de cujus* por força do disposto no art. 1.784 do Código Civil, tanto a doutrina como a jurisprudência pátrias têm mitigado o princípio da *saisine,* admitindo, *v. g.*, a usucapião de bem pertencente ao espólio por herdeiro. O presente caso comporta tal relativização, porquanto opõem-se, de um lado, a posse material exercida com exclusividade pela apelada por dilargado período de tempo e, do outro, a ausência de posse efetiva pelo apelante. Além do que não restou evidenciado o suposto esbulho imputado à recorrida. Observa-se que na espécie, o ônus da prova cabe à parte autora, aqui recorrente, nos termos do art. 333, I, do CPC, que dele, no entanto, não se desincumbiu a contento. Precedentes deste TJCE.

3. Não restaram demonstrados os requisitos autorizadores da concessão da tutela possessória previstos no art. 927 do CPC, pelo que se impõe a improcedência da pretensão.
4. Apelação conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer da apelação e desprovê-la, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 13 de março de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo espólio de Carlos Soares e Silva, representado por seu inventariante José Aldemir Soares, contra sentença proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Cariré, a qual julgou improcedente a pretensão formulada pelo recorrente nos autos da ação de reintegração de posse aforada por si contra a recorrida Liduína Aguiar Soares (págs. 268/276).

Em suas razões recursais (págs. 281-297), o insurgente sustentou que a posse do imóvel em litígio sempre foi exercida pelo sr. Carlos Soares e Silva e, com o seu falecimento, o seu exercício passou aos seus herdeiros, sendo que, nos últimos vinte anos, esteve com exclusividade sob o poder do inventariante.

Asseverou, outrossim, haver demonstrado tanto a posse mansa e pacífica do inventariante, bem como os atos de esbulho praticados pela apelada no mês de dezembro do ano de 2009.

Invocou, ainda, a aplicação do princípio da *saisine,* previsto no art. 1.784 do Código Civil, segundo o qual, com a abertura da sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Ao final, postulou fosse conhecido e provido o seu recurso, a fim de ser reformada a decisão de primeiro grau.

À pág. 300, o juízo *a quo* recebeu o apelo em seus efeitos devolutivo e suspensivo, tendo determinado a apresentação de contrarrazões, as quais se encontram aportadas às págs. 302-311.

Inexistindo interesse público a que alude o art. 53, VI, do Regimento Interno desta Corte de Justiça, deixei de submeter o feito à Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

VOTO

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

Impende, de logo, esclarecer que a controvérsia ora sob análise cinge-se ao *jus possessionis*, haja vista que as partes afirmam o exercício de posse sobre o imóvel denominado Fazenda Riachão ou Custódio, situado no Município de Cariré, descrito à pág. 10, pelo que se mostra incabível a discussão a respeito da propriedade, porquanto, conforme assentado em decisão do Superior Tribunal de Justiça, *verbis:*

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÕES POSSESSÓRIAS. RECONHECIMENTO DE DOMÍNIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> 1. (...)
> **2. A proteção possessória independe da argüição de domínio, salvo se ambos os litigantes disputam a posse com base na alegação de propriedade ou quando há dúvidas quanto a posse, o que não ocorre no caso vertente, em que não se vislumbra a litigância do desfrute possessório a título de domínio e exclusivamente a este título.**
> 3. Agravo regimental improvido.
> (STJ, AgRg no Ag 534868/CE, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Quarta Turma, j. em 16/08/2007, DJ 27/08/2007 p. 257).

Consoante preconiza o art. 927 do Código de Processo Civil, cumpre ao autor da ação possessória comprovar: *i*) a sua posse; *ii*) a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; *iii*) a data da turbação ou do esbulho; e, *iv*) a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Afigura-se-me oportuno, neste momento, rememorar os conceitos de posse e de esbulho e, para tanto, sirvo-me dos ensinamentos do civilista Sílvio de Salvo Venosa, para quem, mais do que relação de fato entre a pessoa e a coisa, *"a posse trata de estado de aparência juridicamente relevante, ou seja, estado de fato protegido pelo direito."*[1] Enquanto o esbulho sucede *"quando o possuidor fica injustamente privado da posse."* [2]

1 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 42.

2 *Ibidem*, p. 141.

Exsurge do acervo probatório, notadamente da prova testemunhal, que o autor da herança, Carlos Soares e Silva, falecido em 02/03/1980, detinha a posse do imóvel reclamado e, após a sua morte, a apelada, sua "filha de criação", passou a exercê-la com exclusividade, sem qualquer oposição e de forma notória, explorando economicamente o bem de raiz mediante o seu arrendamento por mais de vinte anos.

Confiram-se os depoimentos das testemunhas:

Bueno Amaral Banhos (págs. 98-99):

> que conhece a promovida desde que ela era criança; que a promovida aministrava (*sic)* o terreno ora em questão; que desde a morte do pai da promovida ela passou a administrar o imóvel; que não sabe exatamente com qual frequencia a promovida vai ao terreno; que nunca viu o Sr. Aldemir pelo terreno; que não conhece o Sr. Aldemir; que antigamente a promovida arrendava o terreno para Chico Ferreira e hoje para seu filho Ademarino; que as terras de Chico Ferreira, hoje de propriedade de Ademarino, é vizinho ao terreno ora em litígio.
>
> que não se recorda da existência, no terreno, de pessoas armados, pois morava longe; que a promovida nunca invadiu o terreno, pois sempre utilizou o terreno para arrendá-lo; que o depoente é confinante do imóvel; que todo mês costuma visitar seu imóvel que fica vizinho ao terreno em litígio; que após a morte de Carlos Soares quem ficou na posse do imóvel foi a promovida; que a posse era mansa e pacífica e nunca soube de alguém reclamando o terreno.
>
> que não ouviu falar que o imóvel tivesse outros herdeiros; que a promovida era filha única; que nunca ouviu falar em outra pessoa como filha do Sr. Carlos Soares e que a promovida morava com o Sr. Carlos Soares; que a promovida não comentou com o depoente acerca da existência de outros herdeiros; que de vez em quando encontrava a promovida quando vinha visitar seu imóvel; que nunca ouviu falar do Sr. Aldemir; que o depoente era muito amigo do Sr. Carlos Soares; que o depoente ouviu falar em parentes do Sr. Carlos Soares, porém, não sabia quem eram; que não ouviu falar em inventário do Sr. Carlos Soares; que a promovida não chegou a se hospedar na casa do depoente; que não sabe informar se a promovida ficava hospedada na casa de outros vizinhos quando vinha visitar o imóvel; que conhece o Sr. Almir Ferreira; que conhece também seu filho; que nunca ouviu falar que Almir tenha tomado de conta do imóvel; que faz muitos anos que o depoente não entra no imóvel em questão; que raramente passa pelo imóvel em questão; que não tomou conhecimento do deferimento da liminar que reintegrou na posse o Sr. Aldemir; que não tem costume de adentrar no imóvel em litígio, apenas passa na estraqda (*sic*) que fica próxima.

José Demarim da Ponte (págs. 100-101):

> que conhece a promovida há mais de 20 anos; que a mesma mora em São Benedito, mas uma vez por mês vem ao terreno em litígio; que é confinante

do referido terreno; que conheceu o Sr. Aldemir em dezembro, antes não o tinha visto; que vem arrendando a forragem há mais de 20 anos; que nunca viu o Sr. Aldemir no terreno durante todos esses anos; que pagava o arrendamento à promovida; que paga R$ 2.000,00 (dois mil reais) pelo arrendamento; que o terreno já teve vários moradores, como por exemplo, Manoel Belchior, Gonçalo Lúcio; que referidos moradores permaneciam na terra a mando da promovida; que não sabe dizer se os moradores recebiam alguma coisa para permanecerem no imóvel.

que depois da medida liminar tirou seu gado do terreno, porém como tal terreno não tem cerca o gado retorna ao imóvel; que mora no imóvel que confina com a terra em litígio; que não teve conhecimento se a promovida praticou a invasão ao terreno; que tem conhecimento que em dezembro de 2009 haviam pessoas reformando o telhado na casa situada no imóvel; que sabe dizer que as pessoas que andavam no imóvel não andavam armado; que conhece o Sr. Almir há muitos anos; que antes conversava com o mesmo, mas agora ele se afastou do depoente; que nunca viu o Sr. Almir no imóvel; que nunca viu o Sr. Almir plantando no imóvel; que antes do depoente arrendar o terreno quem arrendava era o pai do depoente e o pagamento era feito à promovida; que o arrendamento era do terreno inteiro; que recentemente, há cerca de um mês, o Sr. Almir plantou no imóvel.

que ratifica que o Sr. Almir só passou a plantar no imóvel há cerca de um mês; que o depoente é confinante na lateral do imóvel em litígio; que percorre os 205ha para olhar o gado uma vez por semana; que o Sr. Aldemir já foi duas vezes na casa do depoente; que o promovente falou que o arrendamento do terreno deveria ser tratado com ele; que não tem como fazer nada sozinho com relação à condição da cerca; que entre seus animais constam gado de seus parentes; que mora vizinho à Taquara, em imóvel não confinante ao terreno em questão; que se o Sr. Aldemir andasse no terreno teria como o depoente saber, pois ele ou um vaqueiro sempre está por lá; que não teve contato com as pessoas que a promovida colocou no imóvel; que a promovida nunca comentou que o imóvel era objeto de inventário; que a promovida não comentou que haviam outros herdeiros relativos ao imóvel.

Gonçalo Lúcio Neto (pág. 102):

que conhece a promovida há muitos anos; que foi vaqueiro no imóvel em questão por 10 anos quando o Sr. Carlos Soares era vivo; que quando o Sr. Carlos Soares faleceu o depoente continuou como vaqueiro; que nada recebia para ficar no terreno; que morava no imóvel juntamente com a esposa e os filhos; que não lembra quando saiu da fazenda; que não conhece o Sr. Aldemir; que depois da morte do Sr. Carlos Soares nenhum parente seu apareceu por lá, a exceção da promovida.

que reside na sede do município de Cariré; que não tomou conhecimento de invasão pela promovida no imóvel; que não tem conhecimento se a promovida colocou pessoas armadas dentro do terreno; que tem conhecimento que a promovida arrendava o terreno ao Sr. Ademarino; que a promovida quando ia ao imóvel permanecia na casa do vaqueiro, onde

morava o depoente; que o Sr. Carlos Soares morreu a terra passou a ser arrendada ao Sr. Ademarino; que nunca ouviu falar que alguém tivesse contestada a posse em face da promovida.
que depois de ser vaqueiro o depoente não mais retornou lá; que sabe por ouvir falar que atualmente quem toma conta do terreno é Ademarino; que não tomou conhecimento de uma ação de reintegração de posse contra a promovida; que não sabe de nenhuma ordem judicial determinando que a promovida saia do imóvel; que a promovida nunca comentou que o imóvel possuia outros herdeiros; que não sabe dizer se a promovida ainda hoje visita o imóvel; que não sabe dizer se outras pessoas visitam o imóvel se dizendo donas.

Francisco Alves de Souza (págs. 103-104):

que conhece a promovida há mais de 30 anos; que a promovida mora em São Benedito; que trabalhou tanto com a promovida quanto com seu pai Carlos Soares; que quando da decisão da liminar de reintegração de posse o depoente estava na casa; que morou no imóvel nos últimos seis anos; que trabalhava remontando cerca e olhando o gado de Ademarino; que o depoente passou a ser vaqueiro depois de Gonçalo Lúcio; que já viu o promovente por três vezes; que a primeira vez foi no dia 9/2/2010, ocasião em que teve audiência no fórum; que a segunda vez foi quando entregou as chaves do imóvel ao promovente.
que a promovida nunca invadiu o imóvel; que não tem conhecimento se a promovida colocou homens armados dentro do imóvel; que trabalhou começou ao final da reforma do teto do imóvel; que o depoente nunca andou armado; que não viu ninguém andar armado dentro do imóvel; que a reforma do telhado perdurou por quase um mês; que trabalho na reforma do teto com Vicente Salu; que quando da reforma do teto não apareceu ninguém mandou parar a obra; que Ademarino arrenda a terra há 25 anos; que antes do Ademarino arrendar a terra quem arrendava a terra era o pai de Ademarino; que os pagamentos eram feitos à promovida; que depois que o Sr. Carlos Soares faleceu quem ficou cuidando do imóvel foi a promovida; que nunca apareceu ninguém para contestar a posse da promovida.
que o depoente vivia na casa por conta da promovida e olhava o gado do Sr. Ademarino; que conhece o Sr. Almir; que enquanto o depoente estava no imóvel Almir plantou pés de bananeira sem autorização da promovida; que Almir plantou sem autorização de ninguém; que o Sr. Gonçalo Lúcio esteve no ano passado visitando o terreno; que Gonçalo Lúcio foi comprar porcos do depoente e passou no imóvel; que o Sr. Gonçalo Lúcio passou por um caminho que fica dentro do imóvel; que o Sr. Almir nunca foi ao terreno dizer que estava no terreno a mando de Sr. Aldemir; que depois da medida liminar Zé e Almir permaneceram no imóvel; que o gado do Ademarino fica no terreno porque não tem cerca; que o esposo da promovida e a dona Liduína mandaram o Sr. Almir tirar as bananeiras e um arame que ele tinha colocado; que Almir e seu filho não eram impedidos pela promovida de entrar no imóvel; que enquanto o depoente esteve na casa Almir nunca entrou na casa, porém entrava no terreno.

Acrescente-se a prova documental que repousa à pág. 240, qual seja, a exposição de motivo da presidente da Comissão de Cadastro do Açude Público Taquara, a qual registra o acompanhamento pela recorrida – na qualidade de posseira do imóvel litigioso – do levantamento cadastral do referido açude levado a efeito no período de novembro de 2007 a fevereiro de 2008.

Saliente-se que embora se reconheça a posse indireta dos sucessores do sr. Carlos Soares e Silva, por força do disposto no art. 1.784 do Código Civil, tanto a doutrina[3] como a jurisprudência pátrias[4] têm mitigado o princípio da *saisine,* admitindo, *v. g.*, a usucapião de bem pertencente ao espólio por herdeiro.

O caso em testilha comporta tal relativização, porquanto opõem-se, de um lado, a posse material exercida com exclusividade pela apelada por dilargado período de tempo e, do outro, a ausência de posse efetiva pelo apelante.

Além do que não restou evidenciado o suposto esbulho imputado à recorrida.

Observa-se que na espécie, o ônus da prova cabe à parte autora, aqui recorrente, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, que dele, no entanto, não se desincumbiu a contento.

Em casos assemelhados esta Corte de Justiça tem decidido:

> APELAÇÕES CÍVEIS. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. NÃO COMPROVAÇÃO. ART. 927 DO CPC. ALEGAÇÃO DE DANOS MATERIAS SOFRIDOS PELO PROMOVIDO. AUSÊNCIA DE PROVAS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Agravo retido não conhecido, visto que não houve requerimento expresso para seu enfrentamento nas razões da apelação, consoante determina o art. 523, *caput,* e § 1º do CPC. 2. Na situação em espécie, não restou comprovado que a autora estava na posse do imóvel quando houve o suposto esbulho pelo requerido, ônus que lhe competia, haja vista que em se tratando de ação

3 Cite-se, dentre todos, Benedito Silvério Ribeiro e sua obra Tratado de Usucapião, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

4 **Do STJ:** REsp 1204905/ES, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, j. em 27/09/2011, DJe 03/10/2011, LEXSTJ vol. 267 p. 167; AgRg no Ag. n° 731971/MS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, Terceira Turma, j. em 23/09/2008, DJe 20/10/2008. **Do TJMG:** ApCv nº 1.0024.00.143480-2/001, Rel. Des. MARCOS LINCOLN, 11ª Câmara Cível, j. em 19/01/2011, DJ 28/01/2011); **Do TJSP:** ApCv nº 9130607-85.1999.8.26.0000, Rel. Des. ROBERTO STUCCHI, 10ª Câmara de Direito Privado, j. em 18/11/2003, DJ 25/11/2003; **Deste TJCE:** ApCv n° 0000085-64.2007.8.06.0109, de minha relatoria, 1ª Câmara Cível, j. em 20/08/2012, DJe 23/08/2012; ApCv nº 302259200280600000, Rel. Desa. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE HOLANDA, 4ª Câmara Cível, j. em 07/04/2010, DJ 26/04/2010.

> de reintegração de posse, deve a lide observar o cumprimento dos requisitos contidos no art. 927 do CPC, devendo ser demonstrado por aquele que se diz possuidor: a sua posse; a turbação praticada pela réu; a data da turbação e a continuação da posse. 3. Como se sabe, para que se efetive a reparação de danos materiais, não basta a simples alegação de sua ocorrência, uma vez que se faz necessário sua comprovação, o que não ocorreu no caso em tela, já que o promovido não se desincumbiu de tal obrigação. 4. Recursos conhecidos e não providos.
> (TJCE, Apelação 1493200580600891, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, Data de registro: 18/07/2011)
>
> APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. FALTA DE PROVA DA POSSE ANTERIOR. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. Não se desincumbindo o autor de provar existência de posse anterior, não procede o pedido de reintegração de posse porque não preenchidos os requisitos previstos em lei (artigo 927 do CPC). 2. APELAÇÃO PROVIDA.
> (TJCE, Apelação 263873720058060011, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. LINCOLN TAVARES DANTAS, Data de registro: 18/04/2011)

Por conseguinte, não comprovados os requisitos autorizadores da concessão da tutela possessória previstos no art. 927 do Código de Processo Civil, impõe-se a improcedência do pedido.

Sob tais fundamentos, conheço da apelação e nego-lhe provimento.

É como voto.

PROCESSO Nº 0714069-54.2000.8.06.0001
APELAÇÃO CÍVEL DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: MARIA DARCY E SILVA SOUSA E OUTROS
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS COM FUNDAMENTO NA ISONOMIA. AUTORIA. PENSIONISTAS DO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO CEARÁ. APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.611/96. OBJETO. REVISÃO DA REMUNERAÇÃO DO MAGISTÉRIO ESTADUAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE AUMENTO DE REMUNERAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM FUNDAMENTO NA ISONOMIA. IMPRESCINDIBILIDADE DE EDIÇÃO DE LEI ESPECÍFICA. SÚMULA Nº 339 DO STF. PROVIMENTO DA APELAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA, PEDIDO INICIAL JULGADO IMPROCEDENTE.

1 – Na ordem constitucional vigente, a fixação ou alteração da remuneração dos servidores públicos só é possível mediante lei específica (art. 37, X, da Constituição Federal).

2 – A Lei nº 12.611/96, por conceder majoração de vencimentos restrita à categoria do magistério estadual, tem por objeto reajuste setorial e não revisão geral da remuneração dos servidores públicos.

3 – "Não cabe o Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob o fundamento de isonomia" (Súmula nº 339 do STF).

4 – Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER DA APELAÇÃO, para DAR-LHE PROVIMENTO, e do REEXAME NECESSÁRIO, para REFORMAR a decisão de primeira instância.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e Apelação interposta pelo ESTADO DO CEARÁ contra sentença proferida pelo juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, que julgou procedente o pedido inicial, para determinar o reajuste da *"pensão que é devida às autoras, de modo a conformá-las com o padrão vencimental indicado na Lei Estadual nº 12.611/96"*.

Na origem, as promoventes, que são pensionistas de ex-policiais militares, alegam ser titulares do direito a reajuste de seus benefícios, com fundamento na garantia constitucional da isonomia. Relatam que a Lei nº 12.611/96 concedeu reajuste salarial no percentual de 19% (dezenove por cento) aos servidores integrantes do Grupo Ocupacional de Magistério de 1º e 2º graus. Sustentam ter a Lei nº 12.611/96 violado o artigo 37, X, da Constituição Federal de 1988, que assegura a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices, aos servidores públicos. Assinalam que a Lei questionada é discriminatória, devendo o Poder Judiciário corrigir o vício que nela se contém. Requerem a procedência do pedido inicial, com a determinação de que o Estado do Ceará reajuste os valores de seus benefícios no percentual de 19% (dezenove por cento) e pague as diferenças que são devidas.

Ao contestar a ação, o Estado argumenta que a Lei nº 12.611/96 não estabeleceu uma revisão geral de remuneração dos servidores públicos, apenas limitou-se a efetuar reavaliação remuneratória de uma única e específica categoria funcional, qual seja, a do magistério de 1º e 2º graus.

A tese autoral é acatada pelo juízo singular, que julga procedente o pedido inicial, sob o fundamento de que o benefício de pensão por morte deve corresponder à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido.

Há apelação do Estado do Ceará que, em suas razões, reitera as alegações formuladas na contestação.

As apeladas apresentam resposta ao apelo.

Com vistas, o Ministério Público manifesta-se no sentido da ausência de interesse justificador de sua intervenção no feito.

É o relatório.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e do reexame necessário.

Passo à análise da controvérsia retratada nos autos.

A Lei Estadual nº 12.611, de 31 de julho de 1996, concedeu aumento salarial aos professores do Grupo Ocupacional de Magistério de 1º e 2º graus, no percentual de 19% (dezenove por cento).

Os autores postulam a equiparação remuneratória aos servidores do magistério, sob a alegação de que a Lei nº 12.611/96 viola o Princípio da Isonomia, ao conceder reajuste salarial diferenciado a uma específica categoria funcional. Sustentam, igualmente, que o texto legal dispõe sobre reajuste geral e não sobre reavaliação remuneratória de uma única categoria funcional, qual seja, o Grupo Ocupacional de 1º e 2º graus.

Assiste razão ao recorrente.

A uma, porque a Lei nº 12.611/96 tem por objeto o reajuste exclusivo do grupo do magistério estadual. Resta claro, portanto, que não configura reajuste geral, mas instrumento legal de correção de distorções existentes no âmbito específico da categoria do magistério de 1º e 2º graus. Dito de outro modo, a Lei nº 12.611/96 não tratou de reajuste geral, mas sim de reestruturação do Magistério, inclusive com a consequente adequação salarial. A duas, porque não houve violação ao Princípio da Isonomia, não havendo justificativa para a equiparação.

Registre-se, ademais, que ao Poder Judiciário é vedado conceder aumento a servidor público, com fundamento no princípio da isonomia. Tal orientação há muito está sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, *verbis:*

> "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia".
> Súmula 339

O aumento de vencimentos dos servidores públicos só é possível mediante lei específica, como ocorreu com a edição da Lei nº 12.611/96 estadual, alterando a remuneração da categoria do magistério estadual (art. 37, inciso X, CF). Relativamente aos demais, não cabe ao Poder Judiciário substituir a função do legislador e conceder-lhes o aumento ali estabelecida, sob pena violação aos princípios da independência entre os poderes e da legalidade.

Cumpre explicitar que o artigo 37, X, da Constituição Federal/88, com a redação da Emenda Constitucional nº 19/98, trouxe grandes inovações, garantindo aos servidores públicos da administração direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a revisão geral anual, nos seguintes termos:

> "Art. 37. (...)
> (...)
> X - a remuneração dos servidores públicos e os subsídios de que trata o §4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices."

Vê-se que o instituto da isonomia salarial não é aplicável no serviço público, em prejuízo da legalidade estrita, diante da natureza do vínculo que se estabelece entre a Administração e o servidor ou dependente.

Vale ter presente, a propósito do tema, o quanto consignado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 416.00-5/DF, *verbis:*

> "(...) Ora, a revisão geral obrigatoriamente prevista no inciso X do art. 37 da Carta de Outubro depende de edição de lei específica, que preveja exatamente o índice a ser concedido. Consulte-se, a propósito, a julgamento do MS 22.349, relator Ministro Maurício Corrêa, ocasião em que o Plenário igualmente afirmou a impossibilidade de obrigar o Chefe do Poder Executivo, mesmo que reconhecida mora legislativa de sua responsabilidade, a apresentar projeto de lei que trate da revisão prevista no mencionado dispositivo constitucional. (...)".

Isto posto, é de rigor concluir que inexiste o direito à equiparação pleiteada, pois não houve afronta ao Princípio da Isonomia, vez que a Lei foi dirigida especificamente ao magistério estadual, e que há vedação à concessão de aumento a servidor público pelo Poder Judiciário, com fundamento na isonomia.

Assim tem invariavelmente decidido esta Corte de Justiça em situações análogas. Confira-se:

> "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE SETORIAL DE DEZENOVE POR CENTO. LEI N° 12.611/96. ALCANCE. PRETENSÃO DE DAR ABRANGÊNCIA GERAL À CITADA LEI, A FIM DE RECONHECER O DIREITO DE TODOS OS SERVIDORES A GOZAREM DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.
> - É defeso ao Judiciário exercer o papel de legislador positivo, ainda que se identificasse omissão do Poder responsável pela propositura de projeto de lei tratando do reajuste de servidores.
> - A lei n° 12.611/96, de natureza setorial, haja vista dizer respeito apenas aos professores de primeiro e segundo graus, não pode servir de causa de pedir ou base jurídica para abranger situações não previstas por ela.
> - Não se pode confundir reajuste geral, previsto no artigo 37, X, da Constituição Federal, com o reajuste setorial e determinado a solucionar desproporção entre os vencimentos de certa categoria de servidores integrantes de uma classe ou inscritos em um cargo.
> - Incidência do enunciado de Súmula n° 339, segundo a qual "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia".
> - O reajuste de servidores requer a edição de lei propiciadora do aumento pretendido, inocorrente na espécie.
> - Recurso de apelação improvido."
> (Apelação Cível nº 2000.0133.5606-3/1, Des. Relator Ademar Mendes Bezerra, Segunda Câmara Cível, julgado em 30.05.2007).

> "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PRESCRIÇÃO. FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. SERVIDORES PÚBLICOS. REMUNERAÇÃO. REVISÃO GERAL. REAJUSTE SALARIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 339 DO STF. RECURSO E REMESSA CONHECIDOS E PROVIDOS.
> 1. Não há que falar em prescrição do fundo de direito, mas apenas das parcelas vencidas há mais de cinco anos do ajuizamento da ação, uma vez que se verifica, na espécie, prestação de trato sucessivo, inexistindo nos autos prova da negativa da Administração com relação ao direito pleiteado pelos autores. Princípio albergado nas Súmulas 25 do TJCE e 85 do STJ.
> 2. A interpretação do art. 37, inciso X, da Constituição Federal, não impedia nem impede a concessão, através de lei específica, de reajuste salarial a uma determinada categoria funcional, por razões outras que não a mera atualização de vencimentos, inexistindo ofensa ao princípio da isonomia a não extensão de seus efeitos aos demais servidores, posto não caracterizar revisão remuneratória geral.

> 3. Assim sendo, não cabe ao Judiciário, que não tem função legislativa, estender os efeitos da lei que concedeu aumento real a determinada categoria, conforme já sumulou o STF (Súmula 339).
> 4. Recurso e remessa conhecidos e providos."
> (Apelação Cível nº 2000.0132.8865-3/1, Des. Relator Antônio Abelardo Benevides Morais, Terceira Câmara Cível, julgado em 15.03.2007).

Portanto, não há violação a dispositivo constitucional pela Lei nº 12.611/96, notadamente ao inciso X, do art. 37 da Constituição Federal, que dispõe a obrigatoriedade de lei específica para tratar da remuneração de servidor público.

Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Curso de Direito Administrativo, 16ª edição, Ed. Malheiros, pág. 820, expõe preciso magistério sobre a matéria em análise nos autos, *verbis*:

> "(...) a Administração direta e indireta dos três Poderes, e em todas as órbitas, se assujeitará ao princípio de "legalidade;
> (...)
> Qualquer regulação normativa é, por definição, o lineamento de uma esfera legítima de expressão e ao mesmo tempo uma fronteira que não pode ser ultrapassada, pena de violação do Direito. Este extremo demarcatório tem necessariamente uma significação objetiva mínima precisamente por ser e para ser, simultaneamente, a linha delimitadora de um comportamento permitido e a paliçada que interdita os comportamentos proibidos".

Ante o exposto, conheço do reexame necessário e da apelação, para dar-lhes provimento e julgar improcedente o pedido inicial.

É como voto.

Fortaleza, 5 de maio de 2014.

APELAÇÃO CÍVEL
PROCESSO Nº: 0072467-20.2009.8.06.0001
APELANTE:ENOQUE DA SILVA PRACIANO
APELADO: BANCO DO BRASIL
RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRELIMINAR DE JULGAMENTO *ULTRA PETITA* INSTALADA DE OFÍCIO PARA RECONHECER A NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DEPÓSITOS INSUFICIENTES. QUITAÇÃO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO. PRECEDENTES STJ.

1. Julgamento *ultra petita* configurado, pois, não obstante tenha decidido o pedido, o magistrado abordou questões que não estavam em discussão na lide. Dessa forma, deve ser excluído do corpo da sentença, tão-somente, as disposições relativas à comissão de permanência, aos juros remuneratórios e à capitalização de juros, porquanto o julgamento *ultra petita*, por si só, não implica na nulidade absoluta do feito, mas meramente parcial. Preliminar acolhida.

2. A construção doutrinária e jurisprudencial admite a incidência da teoria do adimplemento substancial apenas nas situações em que o valor em atraso seja, em comparação com aquilo que já foi quitado, tão insignificante que não justificasse a resolução contratual. Hipótese não evidenciada nos autos, porquanto o autor havia pago apenas 10 (dez) das 60 (sessenta) parcelas pactuadas.

3. Em contrapartida, o fato de ser reconhecida a impossibilidade de incidência da teoria do adimplemento substancial ao caso concreto, não impede o prosseguimento da ação de consignação em pagamento que tenha por objeto parcelas atrasadas de contrato de arrendamento mercantil. Precedentes.

4. "Na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada." (AgRg nos EDcl no REsp 1223520/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 15/10/2012)
Apelação Cível conhecida e parcialmente provida. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso para, ao acolher a preliminar de julgamento ultra petita, dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença vergastada, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Fortaleza, 22 de janeiro de 2014

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por ENOQUE DA SILVA PRACIANO visando a reforma da sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 26ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que julgou improcedente a Ação de Consignação em Pagamento manejada pelo autor em desfavor do BANCO DO BRASIL S/A.

Em exordial, o autor afirma ter celebrado, em novembro de 2007, contrato de financiamento para aquisição de um veículo automotor junto à instituição financeira demandada, a ser quitado em 60 (sessenta) prestações mensais de R$ 3.204,36 (três mil, duzentos e quatro reais e trinta e seis centavos). Contudo, sustenta que, diante da conjuntura econômica atual, entrou em inadimplência a partir de outubro de 2008.

Aduz ainda que ao procurar o Banco Promovido com o intuito de efetuar o pagamento das parcelas em atraso, foi informado que deveria adimplir o valor total do contrato de financiamento, incluindo as parcelas vincendas.

Assim, defendendo a necessidade de purgação da mora diante da recusa supostamente injustificada da parte promovida em receber o valor das parcelas em atraso, o autor pugnou pelo depósito judicial das parcelas vencidas e a consequente procedência da ação para o fim de ser declarada a extinção do débito por meio dos depósitos efetivados no decorrer da ação.

Documentos às fls. 13/25.

Em despacho inicial (fl. 27), o douto magistrado determinou o depósito na forma como requerido na inicial.

Petição de juntada do comprovante de depósito às fls. 31/32.

Devidamente citado, o Banco do Brasil S/A apresentou contestação (fls. 44/53), defendendo, em preliminar, a inaplicabilidade da consignação em pagamento. Além disso, alega que a recusa foi justificada porque o autor não teria incluído o valor da multa e demais índices de correção contratualmente estipulados. Por fim, assevera a plena validade das cláusulas firmadas no contrato de financiamento e requer Réplica às fls. 69/77.

O douto magistrado a quo julgou improcedente a demanda pelo fato de os valores consignados não corresponderem ao total devido pelo autor, considerando que não foram acrescidos de multa e índices de correção previstos contratualmente. Determinou ainda que sejam mantidas a taxa de juros remuneratórios, a comissão de permanência, bem como a capitalização mensal de juros. Por fim, condenou o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Irresignado com o decisum, o autor interpôs recurso apelatório (fls. 129/152), alegando, em síntese, a aplicabilidade, ao caso concreto, da teoria do adimplemento substancial a fim de impedir a resolução contratual com base em inadimplemento parcial. Ademais, defendendo a plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à espécie, pugnou pelo reconhecimento da quitação das parcelas sem a incidência de encargos abusivos.

Contrarrazões às fls. 160/176.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço da Apelação Cível.

Inicialmente, cumpre-se aduzir que a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é assente acerca da impossibilidade de o julgador proceder a revisão, de ofício, de cláusulas contratuais consideradas abusivas (Súm. 381), permitindo-se, tão-somente, esta análise se a nulidade for suscitada, consoante precedente abaixo:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO REVISIONAL E AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONEXA - CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - NULIDADE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS - DECLARAÇÃO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - ART. 515, DO CPC - LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS - INADMISSIBILIDADE NA ESPÉCIE - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - LICITUDE NA COBRANÇA, DESDE QUE NÃO CUMULADA COM JUROS REMUNERATÓRIOS, CORREÇÃO MONETÁRIA OU ENCARGOS DA MORA - MORA DEBENDI - INOCORRÊNCIA - EXTINÇÃO DA BUSCA E APREENSÃO - MANUTENÇÃO, NA ESPÉCIE - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - PROVA DO ERRO - DESNECESSIDADE - SÚMULA 322/STJ - AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
>
> 1. Nos termos do artigo 515 do CPC, excetuando-se as matérias de ordem pública, examináveis de ofício, o recurso de apelação devolve para o Órgão ad quem a matéria impugnada, que se restringe aos limites da impugnação. **Impossibilidade do reconhecimento, de ofício, de nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas, sendo, para tanto, necessário o pedido expresso da parte interessada.**
>
> (...)
>
> 9. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 942.274/RS, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJe 15/09/2008)

Ocorre que, compulsando os autos, depreende-se que a parte promovente não pleiteou na exordial tudo que restou abordado na sentença, pois não questionou a ilegalidade na cobrança da comissão de permanência, a abusividade na taxa de juros remuneratórios pactuada, tampouco acerca da impossibilidade de cobrança de capitalização de juros na espécie.

Com efeito, verifica-se, de ofício, ter o órgão prolator da decisão vergastada proferido julgamento *ultra petita*, pois, não obstante tenha decidido o pedido, abordou questões que não estavam em discussão na lide, extrapolando, pois, os limites impostos na exordial.

Dessa forma, deve ser excluído do corpo da sentença, tão-somente, as disposições relativas à comissão de permanência, aos juros remuneratórios e à capitalização de juros, pois o julgamento ultra petita, por si só, não implica na nulidade absoluta do feito, mas meramente parcial, conquanto a jurisdição foi prestada, devendo ser preservado o julgamento, adequando-o aos termos do que fora pedido, conforme aresto desta colenda Corte de Justiça:

> EMENTA: REVISIONAL DE CONTRATO - JULGAMENTO *ULTRA PETITA* - TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS - CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS - APELAÇÃO PROVIDA. REDUÇÃO DA PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA QUE INCORREU EM JULGAMENTO *ULTRA PETITA*.
> **1 - No caso de julgamento ultra petita não há razão para se falar em nulidade absoluta da decisão pelo Juízo ad quem, cabendo a este, na ocasião da apreciação do recurso próprio, decotar aquilo o que houver ultrapassado o pedido, sanando a nulidade parcial, e, cingindo o julgamento àquilo que compunha o pedido à exordial.**
> (...)
> 5 - Apelação conhecida e provida. Redução da parte dispositiva da sentença recorrida que promoveu julgamento ultra petita, para fins de adequação aos limites em que foi proposta a demanda. (TJ/CE, Apelação Cível nº 76025368200080600011, 6ª Câmara Cível, Rel. Desª. Sérgia Maria Mendonça Miranda, Data de Registro: 04/03/2011).

No mérito, cumpre ressaltar que, em virtude do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, o Tribunal somente pode conhecer, em segundo grau de jurisdição, a matéria efetivamente impugnada no recurso de apelação, consequência do princípio devolutivo expresso no art. 515 do CPC. Dessa forma, deter-se-á análise, apenas, das impugnações efetivamente realizadas pelo recorrente.

O recorrente inicia suas razões recursais defendendo a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial a fim de evitar que a instituição financeira possa exigir o cumprimento da cláusula resolutiva expressa no contrato firmado entre as partes, o que importaria no vencimento antecipado de todas as prestações vincendas.

De fato, os Tribunais Superiores vêm admitindo, em situações excepcionais, a flexibilização da resolução contratual face o inadimplemento circunstancial do consumidor nos contratos de financiamento garantidos por alienação fiduciária. Todavia, infere-se, da análise detida dos fólios processuais, que, no caso concreto, não assiste razão à tese exposta pelo autor, ora apelante.

Isso porque não há que se falar em adimplemento substancial do contrato quando apenas 10 (dez) das 60 (sessenta) parcelas pactuadas foram efetivamente pagas pelo consumidor. A inadimplência do contratante, na situação ora em discussão, ocorreu a partir da 11ª parcela, com vencimento em 31.10.2008, conforme se verifica da leitura da peça exordial.

A construção doutrinária e jurisprudencial admite a incidência de prefalada teoria apenas nas situações em que o valor em atraso seja, em comparação com aquilo que já foi adimplido, tão insignificante que não justificasse a resolução contratual.

Neste sentido:

> ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. EXTINÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. **Não ocorre adimplemento substancial quando a dívida corresponde a, aproximadamente, 20%do valor contratado. O adimplemento substancial somente ocorre em casos excepcionais, quando a prestação estiver tão próxima do resultado final que não se justifique o rompimento do contrato.** Recurso provido para anular a sentença e determinar o processamento da ação de busca e apreensão, nos termos do art. 3º do Dec. Lei 911/69, com a medida liminar, desde logo deferida. (TJ-SP - APL: 64041320098260597 SP 0006404-13.2009.8.26.0597, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 11/05/2011, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/05/2011)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONSTITUIÇÃO EM MORA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.
> **1. Não se pode considerar que tenha havido o adimplemento substancial do contrato quando só houve a quitação de 66,67% do mesmo.**
> 3. É vedado ao órgão superior analisar pedido não apreciado ao primeiro grau, sob pena de supressão de jurisdição. AGRAVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70043542430, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Sbravati, Julgado em 22/06/2011 TJ-RS)

Em contrapartida, o fato de ser reconhecida a impossibilidade de incidência da teoria do adimplemento substancial ao caso concreto, não impede o prosseguimento da ação de consignação em pagamento que tenha por objeto parcelas atrasadas de contrato de arrendamento mercantil. Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes:

> Civil e Processual Civil. Recurso especial. Ação de consignação em pagamento. Mora do credor. Mora do devedor. Possibilidade de ajuizamento. - É vedado o reexame do acervo fático-probatório constante dos autos em sede de recurso especial.
> **- Verificada a mora do credor por se recusar a receber o pagamento da forma que lhe é ofertado, para ele é transferida a responsabilidade pelo inadimplemento. Dessa forma, ainda que esteja em mora, ao devedor é licita a propositura de ação de consignação em pagamento para eximir-se da obrigação avençada entre as partes. Precedentes.** (REsp 419.016/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 24/06/2002);

> CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. MORA. VALIDADE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS.

> **- A ação de consignação em pagamento pode ser proposta pelo devedor em mora, pois é meio de purgá-la, e nela se permite discutir a validade das cláusulas do contrato. Precedentes do STJ.**
> Recurso conhecido e provido. (REsp 195752/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, DJ 22/03/1999).

Nesse diapasão, verifica-se que a mora do devedor não constitui obstáculo intransponível à propositura do pleito consignatório, restando salientar, inclusive, que o próprio banco admite a recusa no recebimento das parcelas atrasadas. Admitir a impossibilidade do ajuizamento desta ação nessas hipóteses, caracterizaria clara afronta ao direito de ação da parte.

Consoante amplamente relatado, o douto magistrado de origem julgou improcedente a demanda consignatória por reconhecer que o autor não teria efetivado o depósito das parcelas acrescidas dos encargos contratuais devidos a partir do inadimplemento das prestações pactuadas.

Todavia, o entendimento pacificado dos Tribunais Superiores é no sentido de que, em se tratando de ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz a improcedência do pedido, considerando que a parte controversa poderá ser futuramente cobrada pela instituição financeira.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DEPÓSITOS INSUFICIENTES. QUITAÇÃO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS.
> **- Na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada.**
> - Na hipótese de procedência parcial dos pedidos, os ônus de sucumbência devem ser suportados por ambas as partes.
> - Agravo não provido. (AgRg nos EDcl no REsp 1223520/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 15/10/2012)

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - SFH - DEPÓSITOS INSUFICIENTES - QUITAÇÃO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO - AFASTAMENTO DA EXTINÇÃO DO FEITO - RECURSO IMPROVIDO.
> **I - Na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação até o montante da importância consignada, que poderá ser futuramente complementada.**
> II - Recurso improvido. (AgRg no Ag 1041570/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 30/09/2008)

Logo, salvo melhor juízo, na situação ora analisada, o caso não era de improcedência da demanda, mas sim de parcial procedência para determinar a extinção parcial do débito na extensão da quantia depositada em juízo pelo autor, o que, obviamente, não faz com que reste descaraterizada a mora contratual.

Ressalte-se, ademais, que, caso a instituição bancária permaneça com o entendimento de que o valor depositado não é suficiente para adimplir o débito, deverá utilizar-se dos meios cabíveis de cobrança judicial, considerando que não há elementos ou subsídios nos autos para que, nos termos do art. 899, §2º do CPC e conforme jurisprudência iterativa do colendo STJ, possa ser fixado, já nos próprios autos da consignação, o valor efetivamente devido pelo autor da demanda.

Por todo o exposto, com amparo nos excertos jurisprudenciais acima colacionados, conheço da Apelação Cível para dar-lhe parcial provimento a fim de reconhecer a quitação parcial da obrigação contraída pelo autor junto à instituição financeira até o montante da importância consignada, que poderá ser futuramente complementada. Por fim, diante da sucumbência recíproca, devem as custas e despesas processuais serem repartidas por igual, devendo os honorários advocatícios serem compensados nos termos da Súmula 306/STJ. Contudo, como o autor litiga sob o pálio da gratuidade judiciária, fica suspensa a exigibilidade dos ônus sucumbenciais que lhes foram impostos, enquanto perdurar a sua situação de hipossuficiência econômica, por aplicação do previsto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

É como voto.

Fortaleza, 22 de janeiro de 2014

PROCESSO N° 0007722-92.2012.8.06.0173.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: M. M. DE A. DA S.
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO PARCIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA SURPRESA. APLICADA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO . PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA PARA SUBSTITUIÇÃO PELO REGIME DE SEMILIBERDADE. NÃO ACOLHIMENTO. IDONEIDADE DA MEDIDA COMINADA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A pretensão recursal cinge-se unicamente à medida socioeducativa cominada, qual seja, internação, postulando o recorrente a sua substituição pelo regime de semiliberdade. Cuida-se, portanto, de recurso parcial.

2. O ato infracional imputado ao apelante (homicídio qualificado pela surpresa) foi cometido com violência à pessoa, o que autoriza a aplicação da medida socieducativa de internação por prazo indeterminado, não excedente a três anos, nos termos do art. 122, inciso I, c/c art. 121, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.069/90. Verifica-se que sua imposição pelo juízo de primeiro grau encontra suporte em fundamentos sólidos, advindos do acervo probatório constante dos autos, aliados aos requisitos legalmente previstos, o que demonstra sua idoneidade. Precedentes do STF, do STJ e desta Corte de Justiça.

3. Apelação conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer da apelação e desprovê-la, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 14 de abril de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Manoel Messias de Araújo da Silva contra sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Tianguá, que julgou procedente a representação oferecida pelo Ministério Público do Estado do Ceará, impondo ao recorrente a medida socioeducativa de internação, pelo cometimento do ato infracional análogo ao crime de homicídio qualificado pela surpresa, previsto no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal.

Em suas razões recursais (págs. 90-94), o apelante argumentou que a aplicação de tal medida não pode ser fundada apenas na gravidade do ato infracional, mas também deverá considerar outros aspectos, tais como a reincidência do adolescente, as circunstâncias do fato e a personalidade da vítima, a qual por ser pessoa de difícil trato e violenta, contribuiu para o resultado morte. Sustentou, ainda, ser trabalhador, não beber nem usar drogas, bem como possuir bom comportamento na comunidade onde vive, sendo o fato sob exame isolado em sua vida.

Defendeu, com supedâneo no § 2º, do art. 120 da Lei n° 8.069/1990, a possibilidade de lhe ser cominada a semiliberdade. Pontificou, outrossim, que, de acordo com o art. 122, § 2º, do mencionado diploma legal, em nenhuma hipótese será aplicada a internação havendo outra medida adequada.

Por último, postulou o conhecimento e provimento do apelo, a fim de que lhe seja imposta a medida socioeducativa de semiliberdade.

À pág. 102, o juízo *a quo* manteve o decisório adversado, tendo recebido o recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Contrarrazões apresentadas às págs. 97-100.

Às págs. 119-125, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento da apelação, mas para que lhe seja negado provimento.

É o relatório.

VOTO

Conheço da apelação, porquanto se acham satisfeitos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade.

Constata-se que a pretensão recursal cinge-se unicamente à medida socioeducativa cominada, qual seja, internação, postulando o insurgente a sua substituição pela semiliberdade. Cuida-se, portanto, de recurso parcial.

Uma vez verificada a prática de ato infracional, o magistrado poderá aplicar ao adolescente infrator as medidas socioeducativas elencadas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que incluem a inserção em regime de semiliberdade e a internação em estabelecimento educacional.

A aferição da medida mais adequada à recuperação, formação e reeducação do jovem infrator deverá considerar as circunstâncias do caso concreto e as suas condições pessoais.

In casu, conquanto não se negue o comportamento rude e violento do ofendido, o apelante efetuou seis disparos contra aquele, tendo dois tiros atingido suas costas e quando a vítima já estava caída ao solo, o insurgente desfechou quatro tiros em sua cabeça, impossibilitando-lhe qualquer meio de defesa.

Dessarte, a conduta atribuída ao recorrente, homicídio qualificado pela surpresa, foi praticada com violência à pessoa, o que autoriza a aplicação da medida socieducativa de internação por prazo indeterminado, não excedente a três anos, nos termos do art. 122, inciso I, c/c art. 121, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.069/90.

Observa-se, ainda, que sua cominação pelo juízo de primeiro grau encontra suporte em fundamentos sólidos, advindos do acervo probatório constante dos autos, aliados aos requisitos legalmente previstos, o que demonstra a idoneidade suficiente da segregação imposta, a qual se mostra razoável, proporcional e adequada, estando em harmonia com os princípios albergados no Estatuto da Criança e do Adolescente, mormente quanto à gradação e à excepcionalidade.

A propósito, confira-se a orientação do Supremo Tribunal Federal em casos assemelhados ao versado nos presentes fólios:

> **HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS A DUPLO HOMICÍDIO E DUPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ESTUDO DE CASO. LAUDO DE EQUIPE INTERDISCIPLINAR. FACULDADE DO JUÍZO. ADEQUAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo**

habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. 2. A realização do estudo técnico interdisciplinar previsto no art. 186, § 2º, da Lei nº 8.069/90 constitui faculdade do juiz do processo por ato infracional e não medida obrigatória. Embora seja preferível a sua realização, dificuldades de ordem prática ou o entendimento do magistrado acerca de sua prescindibilidade podem autorizar a sua dispensa. 3. A prática por adolescente de crimes graves com violência extremada contra a pessoa justifica a medida socioeducativa de internação (art. 122, I, da Lei nº 8.069/1990). 4. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito.
(HC 107473/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, j. Em 11-12-2012, DJe – 049, Divulg 13-03-2013, Public 14-03-2013)

Habeas corpus. Penal. Estatuto da Criança e do Adolescente. Infração equiparada ao delito de homicídio na sua forma qualificada. Condenação. Medida socioeducativa de internação. Possibilidade. Fundamentação idônea a justificar a aplicação da medida extrema. Precedentes da Corte. 1. O ato infracional cometido mediante grave ameaça e violência a pessoa é passível de aplicação da medida de internação (art. 122, inc. I, do Estatuto da Criança e do Adolescente). No caso, o ato infracional praticado é equiparado ao delito de homicídio na sua forma qualificada e foi executado com disparo de arma de fogo pelas costas da vítima (art. 121, § 2º, inc. IV, do CP). 2. Habeas corpus denegado.
(HC 98415/MG, Rel. Min. DIAS TOFOLLI, Primeira Turma, j. em 09-03-2010, DJe – 067, Divulg 15-04-2010, Public 16-04-2010)

Com idêntico entendimento o Superior Tribunal de Justiça. Confiram-se:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. **ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A DELITO HEDIONDO. ARTIGO 122, I, DO ECA.** INCIDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.
I. A Quinta Turma deste Tribunal tem entendido que a medida extrema só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois a segregação de menor é, efetivamente, medida de exceção, devendo ser aplicada ou mantida somente quando evidenciada sua necessidade - em observância ao próprio espírito do ECA, o qual visa à reintegração do menor na sociedade.
II. Na hipótese, a internação foi imposta ao adolescente com fundamento na gravidade do ato infracional análogo ao crime de homicídio qualificado, o que não destoa da jurisprudência desta Corte, justificando-se a medida mais gravosa, nos moldes do art. 122, inciso I, ECA. Precedente.
III. Ordem denegada.
(HC 208581/DF, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, j. em 06/12/2011, DJe 19/12/2011)

HABEAS CORPUS. **ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE HOMICÍDIO, NA FORMA TENTADA. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 122 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.** ORDEM DENEGADA.

1. A medida socioeducativa de internação imposta ao paciente não caracteriza coação ilegal, porque o ato infracional a ele atribuído foi cometido mediante violência contra a pessoa.

2. O inciso I do 122 do Estatuto da Criança prevê a aplicação da medida socioeducativa de internação ao adolescente representado pela prática de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça contra a pessoa.

3. Ordem denegada.

(STJ, HC 149058/MG, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, j. em 02/09/2010, DJe 27/09/2010)

Na mesma esteira posiciona-se esta Corte de Justiça. Vejam-se:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APELAÇÃO CÍVEL. **SENTENÇA MENORISTA QUE ATRIBUIU AO ADOLESCENTE O COMETIMENTO DE ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE A HOMICÍDIO E APLICOU-LHE A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO.** ALEGAÇÕES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. TESES INACOLHIDAS. SEVERIDADE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA IMPOSTA. INOCORRÊNCIA. **A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA APLICADA MOSTRA-SE RAZOÁVEL, PROPORCIONAL E ADEQUADA.** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Não prospera alegação de cerceamento de defesa, porquanto não consubstancia qualquer nulidade a denegação de oitiva de testemunhas arroladas a destempo pela defesa. Aplicação dos arts. 152 e 186, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes: Habeas Corpus 1446123200980600000, Relator(a) HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO, Órgão Julgador 1ª Câmara Criminal do TJCE, Data do julgamento 28/07/2009, Data de registro 31/07/2009; Apelação Cível Nº 70038968020, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 15/12/2010, Publicado em 11/01/2011). 2. Não se pode acolher tese de insuficiência probatória, quando restaram comprovadas tanto a materialidade como a autoria do ato infracional à vista das provas produzidas, mormente pelo laudo cadavérico acostado aos autos e depoimentos testemunhais. **3. Diante da natureza da conduta cometida, qual seja, ato infracional equivalente a homicídio, não se pode acoimar de severa a medida de internação imposta pelo juiz menorista, a qual se apresenta razoável, proporcional e adequada, estando harmônica com os princípios albergados no Estatuto da Criança e do Adolescente. Incidência, *in casu*, do art. 122, inciso I, da Lei nº 8.069/90.**

(TJCE, Apelação 2625286200980600000, Rel. Des. MARIA VILAUBA FAUSTO LOPES (Juíza de Direito Convocada), 1ª Câmara Cível, Data do julgamento: 11/04/2011, Data de registro: 14/04/2011)

RECURSO DE APELAÇÃO. **ECA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A HOMICÍDIO QUALIFICADO. VIOLÊNCIA CONTRA PESSOA. MEDIDA DE INTERNAÇÃO ADEQUADA À ESPÉCIE.** SENTENÇA CONFIRMADA.
1. Quando o ato infracional é cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, é possível a aplicação de medida socioeducativa de internação (art. 122, inciso I, do ECA). 2. Apelação a que se nega provimento.
(TJCE, Apelação 43046200680601151, Rel. Des. LINCOLN TAVARES DANTAS, 4ª Câmara Cível, Data do julgamento: 14/01/2009, Data de registro: 19/01/2009).

Diante do exposto, conheço da apelação e nego-lhe provimento.
É como voto.

PROCESSO Nº 0007818-03.2010.8.06.0101
REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE ITAPIPOCA
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE ITAPIPOCA
APELANTE: MUNICÍPIO DE ITAPIPOCA
APELADOS: PEDRO CARLI DE SOUSA E OUTROS
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA DE DIFERENÇAS DE REMUNERAÇÃO. GARANTIA DO SALÁRIO MÍNIMO. DIREITO RECONHECIDO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO ENTE PÚBLICO A PAGAR AS DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS NO PERÍODO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1 – As condições de ação devem ser examinadas *in status assertionis*.

2 – A eficácia declaratória da decisão de mérito transitada em julgado proferida em mandado de segurança, assegurando a servidores públicos remuneração não inferior ao salário mínimo, deve ser observada em processo subsequente de cobrança de diferenças devidas no período anterior à impetração.

3 – Não há prescrição a ser declarada, quando o somatórios dos períodos anterior e posterior ao lapso temporal de sua interrupção é inferior a cinco anos (art. 1º do Decreto nº 20.910/32)

4 – Apelação desprovida. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade

de votos, em CONHECER DA APELAÇÃO, para NEGAR-LHE PROVIMENTO, e do REEXAME NECESSÁRIO, para CONFIRMAR A SENTENÇA REEXAMINANDA, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e de Apelação interposta pelo MUNICÍPIO DE ITAPIPOCA contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Itapipoca, nos autos da Ação de Cobrança nº 7818-03.2010.8.06.0101/0, que julgou procedente o pedido inicial, para condenar o apelante a *"pagar os valores em atraso, retroativos à data da posse, vez que ingressaram no serviço público municipal após dezembro de 1998, relativos à DIFERENÇA ENTRE AS REMUNERAÇÕES PERCEBIDAS ABAIXO DO SALÁRIO MÍNIMO NACIONAL e o salário mínimo na época dos pagamentos respectivos, acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária com base nos índices oficiais de inflação"*.

Os autores, que são servidores do Município de Itapipoca, postulam a condenação do apelante a pagar as diferenças do período que antecedeu a impetração do Mandado de Segurança nº 2004.0000.3587-8/0 pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Itapipoca – SINDSEP, em 19 de janeiro de 2004, no qual foi reconhecido o direito de todos os servidores municipais à percepção de remuneração não inferior ao salário mínimo.

Ao contestar o pedido, o Município de Itapipoca alega a ilegitimidade ativa *ad causam*, a prescrição do direito pleiteado e que *"jamais infringiu qualquer disposição constitucional, mormente a relativa ao direito do trabalhador de receber como piso um salário mínimo"*.

O pedido foi julgado procedente na instância inaugural. A sentença concluiu que o *"reconhecimento do direito dos autores a perceberem remuneração total nunca inferior ao salário mínimo se deu através da Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, publicada em 06 de novembro de 2006, na qual se fixou como piso remuneratório dos servidores municipais de Itapipoca-CE, o salário mínimo"*.

Houve recurso do Município.

Nas razões de apelação, o recorrente afirma a prescrição do direito postulado na inicial, a ilegitimidade dos autores e a possibilidade de pagamento de remuneração inferior ao salário mínimo na hipótese de jornada de trabalho reduzida.

A apelação foi recebida no duplo efeito.

Foi observado o contraditório recursal, mas o prazo para resposta transcorreu *in albis*.

O Ministério Público não vislumbrou a presença de interesse justificador de sua intervenção.

É o relatório.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Consoante relatado, o Município de Itapipoca impugna a sentença recorrida mediante triplo fundamento.

Examino, inicialmente, o fundamento recursal que afirma a ilegitimidade dos autores.

Constata-se que a causa de pedir formulada na inicial da ação julgada procedente pela sentença recorrida consiste na afirmação de que os autores são servidores do Município de Itapipoca e que a decisão transitada em julgada proferida no Mandado de Segurança nº 2004.0000.3587-8/0 impetrado pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Itapipoca – SINDSEP assegurou a todos os servidores municipais e, portanto, também aos autores, o direito à remuneração não inferior ao salário mínimo.

Há de ser considerado, a propósito do tema, que as condições de ação, nas quais se inclui a legitimidade da parte, devem ser examinadas *in status assertionis*, é dizer, considerando para esse fim o que é alegado pela parte, consoante tem reiterada e invariavelmente decidido o Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. COMPETÊNCIA. SÚMULA Nº 249/STF. CARÊNCIA DE AÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. MORTE DA PARTE RÉ. ESPÓLIO. SUCESSÃO PROCESSUAL. HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRECEDENTES.
> 1. O Superior Tribunal de Justiça é competente para apreciar a ação rescisória quando o órgão julgador adentra no mérito da questão federal controvertida no recurso especial.
> 2. A verificação das condições da ação deve ser realizada in status assertionis, isto é, segundo o que se alega na inicial.
> 3. A viabilidade da ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei pressupõe violação frontal e direta contra a literalidade da norma jurídica.
> 4. A ausência de suspensão do processo e de instauração de procedimento de habilitação não gera nulidade do processo se o inventariante, representante do espólio, intervém no feito, operando a sucessão processual, nos termos do art. 43 do CPC.
> 5. Segundo o princípio da instrumentalidade das formas, não se decreta nulidade sem prejuízo (pas de nullité sans grief).
> 6. Ação rescisória julgada improcedente.

> Ação Rescisória nº 495, Rel Min Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, Maioria, DJe 31/05/2012
>
> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CARÊNCIA DE AÇÃO NÃO DEMONSTRADA.
> - A ofensa à literalidade da lei confunde-se com o próprio mérito da rescisória. Havendo ofensa à literalidade da lei, o juízo é de procedência, e não de carência da ação.
> - Apenas a ilegitimidade de partes, a falta de interesse processual e a impossibilidade jurídica do pedido permitem o juízo de carência da ação. Tais requisitos devem ser constatados *in status assertionis*, isto é, segundo aquilo que foi alegado na inicial, não estando demonstrados na hipótese.
> Recurso Especial não conhecido.
> Recurso Especial nº 818.603, Rel Min Nancy Andrighi, Terceira Turma, Unânime, DJe 03/09/2008.

Não há, pois, ilegitimidade a ser declarada.

Examino, na sequência, os fundamentos da possibilidade de pagamento de salário mínimo proporcional, na hipótese de jornada de trabalho reduzida, e da prescrição.

A sentença do Mandado de Segurança impetrado pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Itapipoca – SINDSEP, em 19 de janeiro de 2004, foi proferida em 29 de março de 2004, concedendo parcialmente a ordem e assegurando a todos os servidores municipais a percepção de remuneração não inferior ao salário mínimo, *verbis:*

> Em face do exposto concedo a segurança para garantir aos servidores públicos do Município de Itapipoca a percepção, a título de menor remuneração a ser paga em razão da contraprestação pela jornada de trabalho realizada, o valor correspondente a um salário mínimo, e determino o seu pagamento por parte do Chefe do Poder Executivo local.

Ao julgar a Apelação Cível nº 2004.0000.3587-8/1 e, na sequência, os Embargos de Declaração nº 2004.0000.3587-8/2, este Tribunal de Justiça confirmou a sentença do Juízo da 1ª Vara da Comarca de Itapipoca.

Eis as ementas:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. PISO. SALÁRIO-MÍNIMO.
> 1. Nada obsta que o vencimento-base seja inferior ao salário mínimo, desde que a ele sejam somadas outras verbas, a fim de se chegar à remuneração total, esta sim igual ou superior ao valor do mínimo. Precedentes do STF.

> 2. Servidores do Município de Itapipoca com remuneração total inferior ao salário-mínimo. Impossibilidade.
> 3. Direito líquido e certo configurado. Segurança que deve ser concedida.
> 4. Apelo e remessa para reexame conhecidos e desprovidos.
> Unânime.
> Apelação Cível nº 2004.0000.3587-8/1, Rel Des José Edmar de Arruda Coelho, 1ª Câmara Cível, Unânime, DJ 22.11.2006, p. 10/11
>
> EMBARGOS DECLARATÓRIOS – FUNDAMENTO - EXISTÊNCIA DE OMISSÕES NA DECISÃO IMPUGNADA
> 1. As demandas entre servidor titular de cargo público e o respectivo ente da administração direta, por não versarem sobre relação de trabalho em sentido técnico estrito, que possui natureza contratual, são da competência da Justiça Comum, mesmo após a ampliação da competência da Justiça Trabalhista pela Emenda Constitucional Nº 45/2004.
> 2. A redução da jornada de trabalho não é oponível, nem constitui óbice, à eficácia plena da garantia constitucional da remuneração nunca inferior ao salário mínimo, inclusive para os trabalhadores ou servidores que percebem remuneração variável.
> 3. Embargos acolhidos.
> Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2004.0000.3587-8/2, Rel Des José Mário dos Martins Coelho, 1ª Câmara Cível, Unânime, DJ 05.11.2007, p. 23

A decisão deste Tribunal de Justiça foi impugnada pelo Recurso Extraordinário nº 2004.0000.3587-8/3, que foi inadmitido pelo então Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça, em 08 de abril de 2008, por decisão publicada no Diário de Justiça de 18 de abril de 2008, que restou irrecorrida. Confira-se o dispositivo:

> Sob tais fundamentos , inadmito o extraordinário.
> Intimem-se.
> Decorrido o prazo de interposição do agravo de instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil, certifique-se o ocorrido e remetam-se os autos ao juízo originário da causa.
> Fortaleza, 08 de abril de 2008.
> Desembargador FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.
> Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

O direito dos apelados à percepção de remuneração não inferior ao salário mínimo, como se percebe, foi reconhecido por decisão transitada em julgado.

Dito isso, cumpre notar que os impetrantes foram admitidos no período de 12 de junho de 2002 a 10 de abril de 2004 e o mandado de segurança que reconheceu o direito dos servidores do Município da Itapipoca, nos quais eles se incluem, foi impetrado em 19 de janeiro de 2004, interrompendo o prazo prescricional então em

curso até o dia 12 de maio de 2008, data em que ocorreu o trânsito em julgado da decisão final ali proferida e na qual tem início o prazo de prescrição subsequente ao período da interrupção.

É a conclusão que se extrai da interpretação a contrário senso do art. 7º, do Decreto nº 20.710/32, segundo a qual a citação e, por óbvio, a notificação da autoridade coatora no mandado de segurança, interrompe a prescrição, interrupção essa que não ocorre apenas quando o processo é anulado ou declarado nulo, *verbis:*

> Art. 7º A citação inicial não interrompe a prescrição quando, por qualquer motivo, o processo tenha sido anulado.

Frise-se, ainda, ser o próprio Decreto nº 20.910/32 que dispõe ocorrer apenas uma vez a interrupção da prescrição (art. 8º), cujos efeitos subsistem até o último ato do processo, ou seja, o trânsito em julgado da decisão final.

> Art. 9º A prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo.

É certo afirmar, portanto, que a prescrição do direito postulado pelos autores foi interrompida e assim permaneceu até o dia dia 12 de maio de 2008, data do trânsito em julgado da decisão concessiva do mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Itapipoca – SINDSEP.

Assim, o prazo prescricional correspondente à metade do prazo geral de cinco anos, na forma do art. 9º do Decreto nº 20.910/32, passou a fluir a partir do dia 13 de maio de 2008.

Há de ser lembrado, a propósito do tema, que a Súmula 383 do Supremo Tribunal Federal assegura o prazo mínimo de cinco anos para o exercício da pretensão contra a Fazenda Pública, em caso de interrupção do prazo prescricional, verbis:

> A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo.
> (Súmula 383 – DJ 08/05/1964, p. 1238)

Logo, quando o somatório do prazo decorrido anteriormente e daquele iniciado após a interrupção for inferior ao lapso temporal previsto no art. 1º do Decreto

nº 20.910/32, é assegurado o prazo prescricional de cinco anos, a ser obtido através da adição dos períodos anterior e posterior à interrupção.

In casu, os apelados Pedro Francisco Neto e Raimundo Alves do Nascimento foram admitidos após o Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Itapipoca – SINDSEP impetrar o mandado de segurança que reconheceu o direito dos servidores municipais à remuneração não inferior ao salário mínimo. Os recorridos Pedro Carli de Sousa, Pedro Pinto Pires e Pedro Vicente do Nascimento, ao contrário, foram admitidos em 12.06.2002, 10.04.2002 e 10.04.2002, respectivamente.

Como a ação de cobrança julgada procedente pela sentença recorrida foi ajuizada em 27 de julho de 2010, quando eram decorridos dois anos, dois meses e quinze dias da data do trânsito em julgado da decisão proferida no mandado de segurança anteriormente mencionado, não há prescrição a ser declarada, nomeadamente quando se tem presente que os prazos transcorridos antes da interrupção correspondem a um ano sete meses e sete dias (12.06.2012 a 19.01.2004), um ano, nove meses e nove dias (10.04.2002 a 19.01.2004) e um ano, nove meses e nove dias (10.04.2002 a 19.01.2004), respectivamente.

Não há, consoante demonstrado, prescrição a ser declarada.

No mais, é pacífica a compreensão jurisprudencial, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que tem reiteradamente aplicado a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria posta a exame nos autos, segundo a qual os efeitos financeiros da decisão que, em sede de mandado de segurança, concede a ordem retroagem à data da impetração, ainda que o direito líquido e certo afirmado e reconhecido no *mandamus* tenha sido violado anteriormente, devendo os valores devidos no período que antecede a impetração serem postulados em ação própria, *verbis:*

> PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. EXISTÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DA ORDEM. EFEITOS PATRIMONIAIS. LIMITAÇÃO. DATA DA IMPETRAÇÃO. PRECEDENTES.
> 1. Os embargos de declaração somente são cabíveis quando presente, ao menos, uma das hipóteses previstas no art. 535 do Código de Processo Civil.
> 2. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que os efeitos financeiros da concessão da segurança estão limitados à data da impetração, em atenção ao disposto nas Súmulas 269 e 271/STF, in verbis, respectivamente: O mandado de segurança não é substituto de ação de cobrança. A concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.
> 3. Embargos de declaração acolhidos sem efeitos infringentes, para limitar

> os efeitos financeiros da concessão da segurança à data da impetração.
> Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 13.356,Rel Min Sebastião Reis Junior, *Terceira Seção*, Unânime, DJe 19/12/2013.

Ante o exposto, conheço do reexame necessário e da apelação para, negando-lhe provimento, confirmar a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Itapipoca que julgou procedente o pedido inicial.

É o voto.

Fortaleza (CE), 28 de abril de 2014.

PROCESSO Nº 785145-41.2000.8.06.0001/1
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: ROBERTO FLÁVIO DE HOLANDA CAVALCANTE E OUTROS
APELADOS: ROBERTO FLÁVIO DE HOLANDA CAVALCANTE E OUTROS
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. PEDIDO DE DEVOLUÇÃO EM DOBRO DE PRETENSO INDÉBITO. FUNDAMENTO. PAGAMENTO SUPERIOR AO PACTUADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. APELAÇÃO. DESPROVIMENTO. RECURSO ADESIVO. CONHECIMENTO PARCIAL. SENTENÇA CONFIRMADA.

I – As demandas que tenham por objeto honorários advocatícios contratuais são da competência da Justiça Estadual.

II – O Código de Defesa do Consumidor não se aplica aos contratos de prestação de serviços advocatícios.

III – Na ausência de prova em contrário, deve prevalecer a presunção de boa-fé nas relações contratuais.

IV – Ressalvados os casos de alteração superveniente da situação econômico-financeira do respectivo beneficiário, a ausência de impugnação da decisão concessiva da gratuidade judiciária, a tempo e modo, dá ensejo à preclusão.

V – Hão de ser mantidos os honorários advocatícios fixados na sentença, quando as razões recursais que os impugnam não se revelam aptas a demonstrar o desacerto do quanto decidido sobre o tema na instância originária.

VI – Apelação principal conhecida e desprovida.

VII – Conhecimento parcial do apelo adesivo e desprovimento.

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, em conhecer da apelação principal e parcialmente do recurso adesivo, para negar-lhes provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por ROBERTO FLÁVIO DE HOLANDA CAVALCANTE e OUTROS, impugnando sentença proferida pelo Juiz de Direito da 30ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Ordinária Nº 785145.41.2000.8.06.0001/0, que julgou improcedente o pedido inicial, e de Apelação Adesiva interposta por FRANCISCA JANE EIRE CALIXTO DE ALMEIDA e ELIUDE DOS SANTOS OLIVEIRA.

Na peça inaugural da ação originária, os autores relatam haver contratado os réus para o patrocínio de reclamação trabalhista a ser ajuizada contra o então Instituto de Planejamento do Município – IPLAM, pactuando que *"os honorários advocatícios seriam na base de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, ou seja, da diferença entre o que os funcionários recebiam e o que deveriam receber"*. Mencionam que, ao tempo da implantação do piso salarial pleiteada na reclamatória nas respectivas folhas de pagamento, tal percentual foi consensualmente alterado para 10% (dez por cento), a ser pago na hipótese de o Município de Fortaleza não ser condenado a pagá-los, e para 5% (cinco por cento), se houver condenação do Município ao pagamento de honorários sucumbenciais. Afirmam, ainda, que os réus descontaram indevidamente, a título de honorários contratuais, o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, no ato do "pagamento do precatório pela Prefeitura de Fortaleza", quando os honorários a lhes serem pagos deveriam corresponder a apenas 5% (cinco por cento), conforme acordado. Ao final, postulam a condenação dos réus a devolver-lhes os *"valores recebidos indevidamente a título de honorários advocatícios contratuais referentes ao processo 1723/89 e precatório 982/97, em dobro, consistindo na importância de R$ 176.991,70"* e a pagar-lhes *"honorários advocatícios no montante de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação"*.

Na peça contestatória, o réu Benedito de Paula Bizerril aduz, preliminarmente, serem ele próprio e o autor Roberto Flávio de Holanda Cavalcante partes ilegítimas para figurar da relação processual, por não haverem subscrito o acordo de redução dos honorários advocatícios noticiado na inicial e, no mérito, afirma fazer *"jus ao montante de 20% (vinte por cento) referente aos honorários contratuais e a 15% referente a honorários sucumbenciais"*, nos termos do contrato de honorários

advocatícios inicialmente celebrado e do acórdão transitado em julgado que confirmou a decisão de primeira instância. Diz mais ser inaplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor e que o contrato de alteração dos honorários inicialmente pactuados constitui negócio jurídico submetido a condição não implementada, restrito *"ao processo executório em tramitação, uma vez que o processo declaratório já havia transitado em julgado, e a Prefeitura de Fortaleza condenada a 15% sobre o valor devido, a título de sucumbência, valor este já pertencente aos advogados muito antes"* do acordo modificativo dos honorários advocatícios inicialmente pactuados (fls. 182/201).

O réu Eliúde dos Santos Oliveira assinala, em sua peça de defesa, a ilegitimidade do autor Roberto Flávio de Holanda Cavalcante e a não implementação da condição prevista no contrato de honorários questionado nos autos, qual seja, *"uma nova condenação de honorários na execução final"* (fls 460/470)

Francisca Jane Eire Calixto de Almeida, ao contestar o pedido autoral, argui a ilegitimidade ativa de Roberto Flávio de Holanda Cavalcante, a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso e a não implementação da condição contratual referente à redução dos honorários contratuais (fls. 607/629).

A decisão de primeira instância julgou improcedente o pedido inicial, sob o fundamento de que *"não houve sucumbência na fase executória, vez que as partes firmaram acordo devidamente homologado perante o Tribunal de Trabalho"*, de *"que foram efetivamente firmados dois acordos relativos a fases específicas do serviço de advocacia"* e de que *"houve uma dupla pactuação; uma relativa à fase de conhecimento, ou seja, desde o ingresso da reclamação trabalhista até o trânsito em julgado da sentença de mérito, acarretando a inclusão do piso salarial nos vencimentos dos promoventes, nos moldes de uma obrigação de fazer"* e outra posterior que teve por objeto a *"obrigação de pagar, antecedida de liquidação de sentença, envolvendo o período pretérito à propositura da ação, objetivando o pagamento de diferenças salariais apuradas e não atingidas pelo fenômeno jurídico da prescrição" (fls 975/982).*

Houve recurso dos autores.

Nas razões do pedido de reforma da sentença, os recorrentes afirmam que o *"CDC é perfeitamente aplicável ao caso, prevendo além do princípio da boa fé objetiva, a interpretação mais benéfica ao consumidor"*, acrescentando que as *"explicações acerca do contrato se deram de uma forma, e na hora de seu cumprimento, realizaram-se de outra"*, quando só então eles *"perceberam que algo estava diferente do que havia sido pactuado entre as partes"*. Assinalam que deve ser aplicado ao caso o princípio da boa-fé objetiva positivado no art. 422, do Código Civil, por não haverem os apelados explicado satisfatoriamente *"a mudança no pagamento dos honorários"*, ante a óbvia

constatação de que, *"em virtude da ausência de conhecimento técnico acerca do jargão jurídico utilizado no contrato, os recorrentes estavam em estado de hipossuficiência técnica"* (fls 984/997).

Contrarrazões oportunamente apresentadas (fls. 1001/1011 e 1024/1035).

Os réus Eliude dos Santos Oliveira e Francisca Jane Eire Calixto de Almeida apelaram adesivamente, postulando a revogação do benefício da justiça gratuita concedida aos autores e a alteração da *"condenação dos Honorários Advocatícios de sucumbência do percentual de 10% (dez por cento constante da sentença de primeiro grau, para 20% (vinte por cento), incidente sobre o valor atribuído à causa"*, vez que os *"recorridos não atendem os requisitos para concessão de Assistência Judiciária Gratuita aos Necessitados"* e *"os advogados patrocinadores da defesa dos demandados, além do incontestável zelo profissional"*, elaboraram contestações, peticionaram, apresentaram razões finais, interpuseram agravo, elaboraram contrarrazões e participaram das audiências de conciliação e instrução. (fls. 1013/1021).

Foi apresentada resposta ao recurso adesivo (fls 1043/1051).

É o breve relatório.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço da apelação principal.

De saída, convém examinar de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública, a questão da competência da Justiça Estadual para conhecer e julgar o presente feito.

Registro, a esse propósito, que o Superior Tribunal de Justiça, a quem compete, nos termos da Constituição da República, julgar os conflitos de competência entre juízos vinculados a tribunais diversos (CF - art. 105, I, "d"), como ocorre no caso, em que os órgãos judicantes estão vinculados ao Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região e ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sempre teve a compreensão de que as ações que tenham por objeto honorários advocatícios contratuais são da competência da justiça estadual, *verbis:*

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO DE COBRANÇA. **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VÍNCULO CONTRATUAL DE NATUREZA CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.** PRECEDENTES DO STJ.

1. **Compete à Justiça Estadual processar e julgar as ações relativas à cobrança de honorários advocatícios decorrentes da prestação de serviços profissionais, por se tratar de vínculo contratual de natureza civil.** Precedentes: CC 46722/PB, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 03.04.2006; CC n. 52.719/SP. Rel. Min. Denise Arruda, unânime, DJU de 30.10.2006; AgRg no CC 79.500/RS, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, DJ de 29.6.2007.
2. Súmula n.º 363/STJ. Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente.
3. Conflito Negativo de Competência conhecido, para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Camaçari/BA.
Conflito de Competência Nº 72.142, Rel Min Luiz Fux, **Primeira Seção**, Unânime,DJe 15/12/2008.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARBITRAMENTO DE **HONORÁRIOS. RELAÇÃO JURÍDICA DE NATUREZA CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL INALTERADA PELA EC 45/2004.**
1. Discute-se a competência para julgamento de ação de arbitramento de honorários referentes aos serviços prestados em ação de cobrança de valores devidos a título de FGTS.
2. Ao dar nova redação ao art. 114 da Carta Magna, a EC 45/2004 aumentou de maneira expressiva a competência da Justiça Laboral, passando a estabelecer, no inciso I do retrocitado dispositivo, que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar "as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".
3. Entretanto, a competência para julgamento de causas como a dos autos não foi atraída para a Justiça do Trabalho. Isso porque a demanda em questão possui natureza unicamente civil e se refere a contrato de prestação de serviços advocatícios, celebrado entre profissionais liberais e seus clientes, razão pela qual a relação jurídica existente entre os autores e os réus não pode ser considerada como de índole trabalhista.
4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Mogi Guaçu/SP, o suscitado.
Conflito de Competência Nº 52.719, Rel Min Denise Arruda, **Primeira Seção**, Unânime,DJ 30/10/2006, p. 214.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO DE COBRANÇA. **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VÍNCULO CONTRATUAL DE NATUREZA CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.** PRECEDENTES DO STJ.
1. Compete à Justiça estadual processar e julgar as ações relativas à cobrança de honorários advocatícios decorrentes da prestação de serviços profissionais, por se tratar de vínculo contratual de natureza eminentemente civil.
2. Conflito Negativo de Competência conhecido para declarar competente

> o Juízo de Direito do Juizado Especial Cível de São José do Rio Preto/SP, o suscitado.
> Conflito de Competência Nº 96.630, Rel Min Carlos Fernando Mathias (Juiz TRF-1), **Segunda Seção**, Unânime, DJe 18/09/2008.

> PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO PARA **ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA CIVIL-CONTRATUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL MESMO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004.** JURISPRUDÊNCIA DO STJ.
> **I. A ação para arbitramento de honorários advocatícios, ainda que devidos em função da patrocínio perante a Justiça do Trabalho, possui natureza civil-contratual, e cabe ser processada e julgada perante a Justiça Estadual, posicionamento inalterado após a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004.**
> II. Precedentes do STJ.
> III. Agravo regimental improvido.
> Agravo Regimental no Conflito de Competência Nº 94.104, Rel Min Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, Unânime,DJe 30/04/2008.

Friso, inclusive, que a Corte Especial do STJ aprovou enunciado próprio de súmula sobre o tema, *verbis:*

> Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente.
> Súmula 363 - DJe 03/11/2008

O Tribunal Superior do Trabalho, não discrepando de tal compreensão, afirma ser a justiça laboral incompetente para julgar tal matéria, *verbis:*

> EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. **COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FACE DE SERVIÇOS PRESTADOS EM AÇÃO TRABALHISTA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.**
> Se a ação proposta objetiva cobrança de **honorários advocatícios, ainda que no âmbito do processo do trabalho**, está-se diante de **relação de índole eminentemente civil, não guardando nenhuma pertinência com a relação de trabalho de que trata o artigo 114, I, da Constituição Federal.**
> Recurso de embargos conhecido e não provido.
> Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-831000-39.2006.5.12.0026, Rel Min HORÁCIO SENNA PIRES, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, Unânime, DEJT 03.02.2011

Reconheço, pois, a competência do Poder Judiciário do Estado do Ceará para conhecer e julgar a presente controvérsia.

Passo, sem mais proêmios, ao exame da pretensão deduzida na apelação principal.

Analiso, inicialmente, o fundamento recursal que afirma ser aplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor, em particular seu art. 47, segundo o qual a interpretação das cláusulas contratuais deve ser realizada de modo mais favorável ao consumidor.

Entendo que o art. 47 do CDC não se aplica do contrato de prestação de serviços advocatícios, por existir lei específica sobre o tema, qual seja, a Lei nº 8.906/94.

Tal é a orientação amplamente preponderante no Superior Tribunal de Justiça. As ementas que adiante se veem bem ilustram o que ora afirmado, *verbis:*

> PROCESSUAL - AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS - **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – NÃO APLICAÇÃO** - CLÁUSULA ABUSIVA - PACTA SUNT SERVANDA.
> **- Não incide o CDC nos contratos de prestação de serviços advocatícios. Portanto, não se pode considerar, simplesmente, abusiva a cláusula contratual que prevê honorários advocatícios em percentual superior ao usual.** Prevalece a regra do pacta sunt servanda.
> Recurso Especial nº 757.867, Rel Min Humberto Gomes de Barros, **Terceira Turma**, Unânime, DJ 09/10/2006, p. 291.
>
> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. CDC. INAPLICABILIDADE.**
> - O CDC não incide nos contratos de prestação de serviços advocatícios.
> - Agravo não provido.
> Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.380.692, Rel Min Nancy Andrighi, **Terceira Turma**, Unânime, DJe 30/05/2011.
>
> RECURSO ESPECIAL. **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE.** LEGITIMIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. RECONHECIMENTO.
> **1. As normas protetivas dos direitos do consumidor não se prestam a regular as relações derivadas de contrato de prestação de serviços de advocacia, regidas por legislação própria. Precedentes.**
> 2. O contrato foi firmado por pessoa maior e capaz, estando os honorários advocatícios estabelecidos dentro de parâmetros razoáveis, tudo a indicar a validade do negócio jurídico.

> 3. Recurso especial conhecido e provido.
> Recurso Especial nº 914.105, Rel Min Fernando Gonçalves, **Quarta Turma**, Unânime, DJe 22/09/2008.
>
> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS**. FORO DE ELEIÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. EXCEÇÃO DE COMPETÊNCIA. EFEITO SUSPENSIVO. DECISÃO DEFINITIVA DO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.
> **1 - As relações contratuais entre clientes e advogados são regidas pelo Estatuto da OAB, aprovado pela Lei n. 8.906/94, a elas não se aplicando o Código de Defesa do Consumidor.** Precedentes. (Resp. 539077/MS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 30/05/2005 p. 383; REsp 914105/GO, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 22/09/2008).
> 2 - O Superior Tribunal de Justiça entende que a exceção de competência suspende o curso do processo até a decisão definitiva na origem, subsistindo, somente, o efeito devolutivo ao recurso especial.
> 3 - Recurso Especial não conhecido.
> Recurso Especial nº 1.134.889, Rel Min Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador TJ-AP), **Quarta Turma**, DJe 08/04/2010.

A controvérsia posta a exame nos autos tem por objeto a definição do sentido e do alcance de duas das cláusulas pactuadas nos termos de compromissos formalizados pelas partes em 30 de junho de 1993 e 30 de julho de 1993 , referentes aos honorários advocatícios contratuais que doravante seriam devidos, fls. 203/207, que dispõem:

> 02 – Por ocasião das diferenças salariais (execução final), os honorários advocatícios serão reduzidos de 20% (vinte por cento) para 10% (dez por cento) sobre o montante a que faz jus cada reclamante;
> 03 – Se na execução final o instituto reclamado for condenado a pagar algum percentual de Honorários Advocatícios, o percentual acima firmado será reduzido na metade, para cada reclamante;

Convém registrar, por oportuno, que a decisão proferida pela 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Fortaleza, em 04 de julho de 1991, para julgar procedente a reclamação ajuizada pelos apelantes e condenar o então reclamado *"no pagamento dos honorários advocatícios na base de 15% do total apurado na execução"*, foi mantida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, na sessão de 27 de julho de 1992, mediante acórdão que transitou em julgado em 10 de setembro de 1992 (fls. 662/667 e 651V).

Contrariamente ao afirmado nas razões recursais, os honorários advocatícios sucumbenciais referentes ao Precatório nº 982/97, de que trata a audiência ocorrida no dia 19 de março de 2004, no Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios, do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, referem-se à condenação imposta no processo de conhecimento e não a eventual condenação referente às fases de liquidação ou execução do quanto naquele decidido (fls 114/115).

Não há, pois, que cogitar de condenação a *"pagar algum percentual de Honorários Advocatícios"* na fase de execução final, tal como prevista nos termos de compromissos celebrados em 30 de junho de 1993 e 30 de julho de 1993, para o fim de ensejar a redução dos honorários advocatícios contratuais ao percentual de 5% (cinco por cento). A sentença recorrida atentou para esse aspecto, ao consignar que *"não houve sucumbência na fase executória, vez que as partes firmaram acordo devidamente homologado perante o Tribunal do Trabalho"*.

Os recibos emitidos pelos apelantes em junho de 2001 e abril de 2004, datas essas posteriores ao trânsito em julgado da decisão proferida no processo de conhecimento, dão inequivocamente a conhecer que os pagamentos dos honorários advocatícios contratuais aos apelados foram realizados nas quantias correspondentes a 10% (dez por cento) dos respectivos créditos, exatamente como previsto nos acordos celebrados em 30 de junho de 1993 e 30 de julho de 1993 (fls. 203/207, 379 e 442, 397 e 445, 400 e 444, 369 e 456, 398 e 447, 369 e 456, 404 e 452, 384 e 450, 394 e 446, 435 e 443, 386 e 439, 392 e 448).

Quanto ao fundamento de que o princípio da boa-fé objetiva teria sido violado pelos recorridos, ao não explicar satisfatoriamente *"a mudança no pagamento dos honorários"*, considerando a *"ausência de conhecimento técnico acerca do jargão jurídico"* pelos apelantes, entendo que as razões recursais e o conteúdo dos autos não se prestam a demonstrar a presença de base empírica ou de fundamento jurídico aptos a elidir a presunção de boa-fé da conduta dos apelados. Frise-se, inclusive, que tal conclusão resulta da própria literalidade da cláusula avençada, segundo a qual, se *"na execução final o instituto reclamado for condenado a pagar algum percentual de Honorários Advocatícios, o percentual acima firmado será reduzido na metade"*, a não permitir dúvida, até mesmo a quem não está habituado à linguagem jurídica, acerca do quanto nela se contém.

Consoante demonstrado, o desprovimento da apelação principal é medida que se impõe.

Nego-lhe provimento, portanto.

Passo à análise do apelo adesivo.

O pedido de revogação do benefício da justiça gratuita concedido aos autores formulado nas razões da apelação adesiva não há de ser conhecido, vez que tem por objeto matéria preclusa.

A gratuidade judiciária foi deferida aos autores logo no despacho inicial, em 14 de julho de 2004 (fl 153). Os réus, todavia, não impugnaram tal benefício, seja através do incidente previsto em lei, seja na contestação. Somente por ocasião do presente recurso adesivo insurgem-se contra a concessão da justiça gratuita aos autores.

No particular, a extemporaneidade do inconformismo é evidente e manifesta.

Relativamente ao pedido de alteração da *"condenação dos Honorários Advocatícios de sucumbência do percentual de 10% (dez por cento constante da sentença de primeiro grau, para 20% (vinte por cento), incidente sobre o valor atribuído à causa"*, sob o fundamento de que *"os advogados patrocinadores da defesa dos demandados, além do incontestável zelo profissional"*, elaboraram contestações, peticionaram, apresentaram razões finais, interpuseram agravo, elaboraram contrarrazões e participaram das audiências de conciliação e instrução, entendo que a sentença recorrida fixou os honorários sucumbenciais com observância dos critérios definidos na lei processual, ao arbitrá-los *"em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa"*, revelando-se compatível com as peculiaridades do caso e apto a remunerar adequadamente o serviço prestado, vez que tal percentual irá incidir sobre a expressiva quantia de R$ 176.991,70 e o valor respectivo será corrigido monetariamente, a partir da propositura da ação, nos termos da Súmula nº 14, do Superior Tribunal de Justiça, verbis:

> Arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do respectivo ajuizamento.

Forte em tais razões, conheço da apelação principal e parcialmente da apelação adesiva, para negar-lhes provimento.

É como voto.

Fortaleza, 04 de novembro de 2013.

PROCESSO: 0094931-72.2008.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: UNIMED DE FORTALEZA - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA
APELADO: GLECIA GARCEZ REBOUÇAS
RELATOR: DES. EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE CIRURGIA DE GASTROPLASTIA. NECESSIDADE À SOBREVIDA DA PACIENTE. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ARTIGO 51, INCISO IV E § 1º INCISO II DO CDC. DANOS MORAIS. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO. APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELA UNIMED CONHECIDA, MAS DESPROVIDA.

1. O apelante reclama da decisão que o condenou a pagar o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescido de juros e correção monetária, a título de danos morais à apelada, além de declarar nula a cláusula 5.25 do contrato de prestação de serviço médico-hospitalar.

2. De acordo com as informações contidas nos autos, a recorrida aderiu ao plano de saúde prestado pela recorrente antes de 1998, mediante a assinatura de contrato de adesão. Consta que a mesma é portadora de obesidade mórbida e, em razão desta moléstia, após a realização de diversas consultas com especialistas no ramo, precisou submeter-se a intervenção cirúrgica de gastroplastia, não recebendo, no entanto, do plano, a necessária cobertura, ao fundamento de que inexiste previsão de cobertura do procedimento pretendido pela autora na Tabela de Honorários Médicos da Associação Brasileira de Médicos de 1992 (THM AMB 1992).

3. A ausência de previsão contratual do referido procedimento, bem como não constar na Tabela de Honorários Médicos da Associação Médica Brasileira de 1992 – THM AMB 1992 - não se apresentam como uma justificativa para a negativa de realização desse procedimento, tendo em vista, o fato de na

data da celebração do contrato, sequer haver o conhecimento médico desse procedimento, que ainda viria a ser criado. Com isso, a contratante não possuía ao menos a opção de requerer plano de saúde que o incluísse, em razão do desconhecimento científico específico sobre a referida cirurgia, comprovando-se a boa-fé da parte apelada no ato da contrato dos serviços médicos e na utilização, posterior, dos mesmos.

4. Com efeito, ostenta o código consumerista o poder de afastar qualquer cláusula, que confronte os seus princípios norteadores, até porque, o propósito do legislador, amparado em princípio constitucional, é de assegurar o equilíbrio contratual. Ademais, o teor do art. 47 do CDC, determina que a aplicação das cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, assegurando a este o respeito a seus direitos e reconhecendo a sua hipossuficiência em relação ao prestador de serviços contratado. Ainda estipula no art. 51, item IV, e § 1º, inciso II, do CDC, que são inválidas as cláusulas do ajuste que permitam desvantagem desmedida, a uma das partes, como é o caso da cláusula contratual 5, itens 5.25, que nega cobertura a procedimentos não citados na THM, quando consta nos autos, à fl. 23, documento médico atestando a existência de enfermidade que acomete a beneficiária e a necessidade de realização da cirurgia pleiteada.

5. Sem dúvida, a cláusula 5.25 do contrato de prestação de serviço médico-hospitalar, apontada, expressa característica de abusividade. Portanto, é defeso negar a cobertura daquele que não esteja em Tabela de Honorários Médicos, ou em rol de procedimentos, sobretudo quando consta nos autos, declaração médica atestando a necessidade de tratamento à sobrevida da segurada, que é o caso dos autos.

6. Ademais, em relação ao argumento do Apelado acerca da responsabilidade/obrigação do procedimento cirúrgico indicado pertencer ao Estado apresenta-se infundada. Ora, quem contrata plano de saúde, busca uma maior eficiência, qualidade e rapidez no atendimento e prestação de serviços médicos. A Unimed foi contratada pela consumidora com o objetivo

de prestar serviço de saúde que atendesse às necessidades da mesma. A beneficiária, em contrapartida, vem contribuindo mensalmente com as contraprestações acordadas em contrato. Dessa forma, nada mais justo, que a Apelante forneça os serviços que é paga para prestar, não atribuindo ao Estado uma obrigação que pertence contratualmente, à mesma. Neste ponto, não merece censura, portanto, a decisão de planície.

7. De mais a mais, ainda se observa os danos extra patrimoniais causados à apelada, mediante a recusa por parte da apelante na prestação de procedimento essencial a conservação da saúde da mesma, configura-se, portanto, o dano moral, caracterizado pela angústia e sofrimento da autora, lesionando bem imaterial, em virtude da negação de procedimento indispensável à saúde dessa.

8. Sobre a fixação do *quantum*, faz-se importante salientar que o seu critério de fixação do valor indenizatório do dano moral deve ser entregue ao livre arbítrio do julgador, o qual apreciará o caso concreto, submetendo-o a análise do mesmo de forma livre e consciente, à luz das provas que foram produzidas e apresentadas. Ainda verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, com o intuito de proferir decisão de forma mais justa e imparcial. Desse modo, a indenização deve se dar de forma equânime e atentar à razoabilidade, a fim de evitar o enriquecimento ilícito da parte autora, mas sem deixar de punir a parte ré pelo ato ilícito. Atento aos fatores retromencionados, à recusa de tratamento de saúde, compreendo que o dano causado pelo plano de saúde é de média intensidade e, que é presumivelmente favorável a condição financeira da empresa apelante. Considero, então, justo o quantum fixado pelo douto juiz singular, mantendo-o no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

9. Conheço do presente recurso, por próprio e tempestivo, negando-lhe provimento e mantendo inalterada a sentença atacada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº 0094931-72.2008.8.06.0001/0**, em que é apelante UNIMED DE FORTALEZA – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA e apelado GLECIA GARCEZ REBOUÇAS.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 17 de fevereiro de 2014

RELATÓRIO

Tem-se Recurso de Apelação interposto **por UNIMED de Fortaleza – Cooperativa de Trabalho Médico LTDA** contra sentença prolatada pelo juízo da 29ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que julgou procedente a **Ação Ordinária de Obrigação de Fazer com Pedido de Tutela Antecipada c/c com Pedido de Anulação de Cláusulas Contratuais e condenação em Danos Morais** ajuizada por **Glécia Garcez Rebouças,** atendendo os pedidos pleiteados em inicial, condenando a promovida ao pagamento de danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) acrescidos de juros de mora e correção monetária deste a data do arbitramento, além do pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) nos termos do artigo 20, § 4º do CPC.

Sustenta que "o contrato entabulado pela Apelada com a Unimed de Fortaleza não é regulamentada pela Lei nº 9.656/98. Diante disto, apresenta-se claramente exposto que se aplicam à relação de consumo as disposições incertas no instrumento contratual. Partindo-se deste pressuposto e tendo em vista que o procedimento de gastroplastia não tem previsão contratual, não se aplicando o rol de Procedimentos da Agência Nacional de Saúde, que prevê o tratamento de obesidade mórbida, é legítima a negativa desta Operadora em autorizar o procedimento cirúrgico".

Sustenta ainda que " o procedimento requisitado pela parte apelada não está incluído na Tabela de Honorários Médicos da Associação Médica Brasileira de 1992 – THM AMB 1992 – referencia de cobertura e de pagamento de honorários médicos, razão pela qual está expressamente excluído do rol de procedimentos cobertos pelo contrato".

Sustenta também que "se a Apelada pretendia obter uma cobertura assistencial mais completa, deveria ter optado pela regulamentação do seu plano aos temos da Lei nº 9.656/98. Todavia, esta não foi a opção da Apelada, que manteve seu plano de saúde nos termos em que originalmente pactuada com esta Operadora. ".

Ademais, sustenta que "embora o Apelante tenha obrigação contratual de prestar atendimento à Apelada, cabe a esta atender aos temos contratuais para buscar atendimento dentro das limitações que o contrato lhe oferece. Tais limitações são claramente admitidas pela jurisprudencial, até porque a Constituição federal determina que o dever de prestar assistência integral e ilimitada à saúde é do Estado".

Sustenta no mais que "não houve dano caudado à Apelada, que, em nenhum momento, esta prova foi produzida nos autos, tendo sido, tais danos, meramente alegados e jamais provados. Deduz, portanto, que a Unimed Fortaleza não protagonizou qualquer ato ilícito atentatório à honra e à moral da Apelada, sendo, por isto, despropositada a exacerbada indenização imposta pela Sentença combatida".

De mais a mais, sustentou que "fosse concedida, liminarmente, efeito suspensivo à decisão recorrida. Que fosse reformada a sentença monocrática em todos os seus termos, julgando improcedente o pleito de danos morais".

Por fim, protesta pela condenação da Apelada em todos os ônus de sucumbências, bem como, não havendo o entendimento apresentado pelo Apelante, que seja reduzido o quantum da condenação.

Contrarrazões às páginas 177/183.

É o relatório adotado.

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade na legislação, conheço, então, do recurso.

O deslinde da questão posta sob apreciação recursal parte do cotejo, de um lado, da ocorrência de declaração de inexistência de débitos, estes relativos ao procedimento cirúrgico, juntamente com a obrigação da Apelante de cobrir os custos com o tratamento médico da Apelada, incluindo a obrigação de realizar cirurgia de gastroplastia (redução de estômago) e custear despesas advindas desta; e, de outro lado, a declaração de recusa na prestação de serviços essenciais à saúde da autora.

De acordo com as informações contidas nos autos, a recorrida aderiu ao plano de saúde prestado pela recorrente antes de 1998, mediante a assinatura de contrato de adesão. Consta que a mesma é portadora de obesidade mórbida e, em razão desta

moléstia, após a realização de diversas consultas com especialistas do ramo, precisou submeter-se à intervenção cirúrgica de gastroplastia, não recebendo, no entanto, do plano, a necessária cobertura, ao fundamento de que inexiste previsão de cobertura do procedimento pretendido pela autora na Tabela de Honorários Médicos da Associação Brasileira de Médicos de 1992 (THM AMB 1992).

A ausência de previsão contratual do referido procedimento, bem como não constar na Tabela de Honorários Médicos da Associação Médica Brasileira de 1992 (THM AMB 1992) não se apresentam como uma justificativa para a negativa de realização desse procedimento, tendo em vista, o fato de na data da celebração do contrato, sequer haver o conhecimento médico desse procedimento, que ainda viria a ser criado. Com isso, a contratante não possuía ao menos a opção de requerer plano de saúde que o incluísse, em razão do desconhecimento científico específico sobre a referida cirurgia, comprovando-se a boa-fé da parte apelada no ato da contrato dos serviços médicos e na utilização, posterior, dos mesmos.

Registro, que a parte apelante afirma que há delimitações em contrato acerca dos procedimentos disponibilizados à apelada, ressaltando que o contrato foi realizado antes da Lei nº 9.656/98. Entretanto, cláusulas restritivas de procedimentos que, posteriormente, surgiram e não foram regularmente apresentados em contrato, apresentam-se abusivas de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, aplicável ao caso em questão, sendo, por este, considerada ilícita cláusula restritiva de direitos e assentindo com a realização do referido procedimento.

Ressalto que o Código de Defesa do Consumidor é aplicado em todos os tipos de contratos que envolvam relação de consumo, posto que consta e dita normas gerais de conduta.

Com efeito, ostenta o Código de Defesa do Consumidor o poder de afastar qualquer cláusula, que confronte os seus princípios norteadores, até porque, o propósito do legislador, amparado em princípio constitucional, é de assegurar o equilíbrio contratual.

Ademais, o teor do art. 47 do CDC, determina que a aplicação das cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, assegurando a este o respeito a seus direitos e reconhecendo a sua hipossuficiência em relação ao prestador de serviços contratado.

Ainda estipula no art. 51, item IV, e § 1º, inciso II, do CDC, que são inválidas as cláusulas do ajuste que permitam desvantagem desmedida, a uma das partes, **como é o caso da cláusula contratual 5, itens 5.25, que nega cobertura a procedimentos não**

citados na THM, quando consta nos autos, à fl. 23, documento médico atestando a existência de enfermidade que acomete a beneficiária e a necessidade de realização da cirurgia pleiteada.

Sem dúvida, a cláusula 5.25 do contrato de prestação de serviço médico-hospitalar, apontada, expressa característica de abusividade.

Portanto, é defeso negar a cobertura daquele que não esteja em Tabela de Honorários Médicos, ou em rol de procedimentos, sobretudo quando consta nos autos, declaração médica atestando a necessidade de tratamento à sobrevida da segurada, que é o caso dos autos.

Cito, a respeito, precedente, *in verbis*:

> "CIVIL. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE COBERTURA DE PLANO DE SAÚDE. INJUSTIFICADA RECUSA DA UNIMED/FORTALEZA EM AUTORIZAR PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE QUE CARECIA O AUTOR SOB O MANTO DA EXCLUSÃO CONTRATUAL. ABUSIVIDADE CONTRATUAL CONFORME ARTIGO 51, INCISO IV E § 1º INCISO II DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DIREITO À VIDA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. SOPESAMENTO DE VALORES. DIREITO À VIDA E ASPECTOS PURAMENTE PATRIMONIAIS. APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELA UNIMED CONHECIDA E IMPROVIDA. RECURSO ADESIVO INTERPOSTO PELO AUTOR CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1.Em análise detida dos autos, tem se que o apelado é usuário do plano de saúde Unimed Fortaleza. Afirmou que foi acometido pela enfermidade diagnosticada como (Obesidade Mórbida), necessitando, conquanto, da realização de intervenção cirúrgica denominada: GASTROPLASTIA DE CAPELLA POR VIDEOLAPAROSCOPIA, solicitado por médico conveniado que acompanha o apelado. Alega, ainda, que foi solicitada à UNIMED autorização para o referido tratamento sendo negado pela apelante. 2. **Consigno que a relação entre as partes está submetida ao Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, de modo que as controvérsias devem ser dirimidas à luz das disposições contidas no referido diploma legal, dentre as quais, a de que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (artigo 47) 3. Destarte, desta relação decorre a obrigação da ré de arcar com as despesas hospitalares referentes à cirurgia e demais dispêndios inerentes ao procedimento. Negar a cobertura pretendida seria o mesmo que negar a própria finalidade do contrato**, que é a de assegurar a continuidade da vida e da saúde, deixando, assim, o plano de saúde de atuar com o cuidado próprio à sua atividade, especialmente em função da natureza a ela atribuída". (TJ-CE; AC 076883642.2000.8.06.0001; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Francisco Suenon Bastos Mota; DJCE 18/02/2013; Pág. 59)

Ademais, em relação ao argumento do Apelado acerca da responsabilidade/ obrigação do procedimento cirúrgico indicado pertencer ao Estado apresenta-se infundada. Ora, quem contrata plano de saúde, busca uma maior eficiência, qualidade e rapidez no atendimento e prestação de serviços médicos.

A Unimed foi contratada pela consumidora com o objetivo de prestar serviço de saúde que atendesse às necessidades da mesma. A beneficiária, em contrapartida, vem contribuindo mensalmente com as contraprestações acordadas em contrato. Dessa forma, nada mais justo, que a Apelante forneça os serviços que é paga para prestar, não atribuindo ao Estado uma obrigação que pertence contratualmente, à mesma.

Neste ponto, não merece censura, portanto, a decisão de planície.

De mais a mais, ainda se observa os danos extra patrimoniais causados à apelada, mediante a recusa por parte da apelante na prestação de procedimento essencial a conservação da saúde da mesma, configura-se, portanto, o dano moral, caracterizado pela angústia e sofrimento da autora, lesionando bem imaterial, em virtude da negação de procedimento indispensável à saúde dessa.

Precedentes da jurisprudência pátria:

> "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA BARIÁTRICA. PEDIDO MÉDICO. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO. DANO MORAL. DECISÃO RECORRIDA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DECISÃO MANTIDA. 1. **A jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento segundo o qual a injusta recusa à cobertura do plano de saúde gera dano moral, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia do segurado, que ademais se encontra com a saúde debilitada.** Precedente: RESP n. 918.392/RN, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. 2. No caso, ficou estabelecido no acórdão recorrido que a recusa à cobertura da cirurgia bariátrica foi injusta. Dessa forma, a decisão agravada está em consonância com a jurisprudência desta Corte. 3. Agravo regimental desprovido". (Superior Tribunal de Justiça STJ; AgRg-AREsp 236.818; Proc. 2012/0207617-7; DF; Quarta Turma; Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira; Julg. 11/04/2013; DJE 24/04/2013)**.**

> "DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. RECUSA DE TRATAMENTO DE SAÚDE. DANO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES DESTA CORTE. DANOS CONTRATUAIS. JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA CITAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL. VALOR DO DANO MORAL. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO VALOR. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEÚDO FÁTICOPROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A recusa

> indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito. 2. Os juros moratórios nesse caso são contados a partir da citação válida. 3. Impossível alterar o valor da condenação dos danos morais fixados pelo Juiz Primevo sem reexaminar o conteúdo fático-probatório, Incidência da Súmula 7/STJ. 4. Primeiro agravo regimental conhecido e em parte provido e segundo agravo regimental improvido" - AgRg no Ag 1085240/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 15/02/2011.

Sobre a fixação do quantum, faz-se importante salientar que o seu critério de fixação do valor indenizatório do dano moral deve ser entregue ao livre arbítrio do julgador, o qual apreciará o caso concreto, submetendo-o a análise do mesmo de forma livre e consciente, à luz das provas que foram produzidas e apresentadas. Ainda verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, com o intuito de proferir decisão de forma mais justa e imparcial.

Desse modo, a indenização deve se dar de forma equânime e atentar à razoabilidade, a fim de evitar o enriquecimento ilícito da parte autora, mas sem deixar de punir a parte ré pelo ato ilícito.

Atento aos fatores retromencionados, à recusa de tratamento de saúde, compreendo que o dano causado pelo plano de saúde é de média intensidade e, que é presumivelmente favorável a condição financeira da empresa apelante. Considero, então, justo o quantum fixado pelo douto juiz singular, mantendo-o no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais)**.**

Diante do exposto, com base nos fundamentos acima expendidos, e em consonância com a jurisprudência, conheço do presente recurso, por próprio e tempestivo, negando-lhe provimento e mantendo inalterada a sentença atacada.

É como voto.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2014.

Agravo de Instrumento

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 0079892-96.2012.8.06.0000
AGRAVANTE: BANCO DO ESTADO DO CEARÀ S/A
AGRAVADO: WELLINGTON ROCHA LEITÃO FILHO
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. FASE DE CONHECIMENTO. PRECLUSÃO. COBRANÇA DE HONORÁRIOS. CONDENAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

1. Recurso de agravo de instrumento que versa sobre três pontos decididos em sede de impugnação ao cumprimento de sentença no qual se execução a condenação de verba sucumbencial;

2. Suscitação em impugnação ao cumprimento de sentença sobre a ineficácia do título judicial por irregularidade na representação processual do advogado do vencedor;

3. Em nenhum momento do processo de conhecimento foi suscitada a irregularidade da procuração outorgada ao advogado da parte vencedora, para somente agora, em execução do julgado, se ventilar tal tese;

4. Além de preclusa a matéria, a parte apresentou instrumento de mandato a demonstrar ser ela a representante processual do vencedor, cabendo-lhe, em concurso com a própria parte, cobrar a sucumbência imposta da sentença transitada em julgado;

5. Em sede de cumprimento de sentença, verdadeira execução forçada da obrigação exposta em título executivo judicial, é cabível a condenação em honorário advocatícios. Precedentes do TJCE e do STJ;

6. Embargos de declaração para fins de prequestionamento não possuem caráter protelatório, conforme entendimento sumulado perante o C. Superior Tribunal de Justiça.

7. Agravo conhecido e parcialmente provido, apenas para afastar a condenação de 1% (um por cento) sobre o valor da causa decorrente do reconhecimento de embargos de declaração protelatórios.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Eg. Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, em CONHECER do recurso para dar-lhe parcial provimento, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 10 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo BANCO DO ESTADO DO CEARÁ S/A contra a r. decisão de fls. 14/16 que julgou improcedentes os embargos de declaração lançados sobre o julgamento de fls. 152/155, que por seu turno rejeitou impugnação em cumprimento de sentença que lhe move WELLINGTON ROCHA LEITÃO FILHO na cobrança de honorários advocatícios decorrentes de sucumbência, condenando o executado em 1% (um por cento) pelo caráter procrastinatório dos embargos, bem como sucumbência honorária de R$20.000,00 (vinte mil reais).

Aduz em suas razões de fls. 01/12 que o manejo dos embargos se deu de forma justificada, no fito de prequestionar dispositivos de lei federal para fins de recurso especial, não sendo o caso de condenação pelo viés procrastinatório.

Ressalta que se valeu dos aclaratórios para ver discutida a inexistência de instrumento procuratório a legitimar a postulação em honorários imposta na decisão executada, sendo inexigível a verba sucumbencial objeto de cumprimento.

Ademais, reclama contra a condenação em honorários advocatícios, não sendo da natureza da impugnação a imposição de sucumbência em caso de rejeição.

Requer o provimento do recurso para ver reformada a decisão agravada com o reconhecimento da ineficácia da sentença executada no seu capítulo sucumbencial ou, acaso mantida a execução do título judicial, seja afastada a condenação de embargos protelatórios e sucumbencial do incidente, concedendo-se efeito suspensivo ao recurso para ver sobrestado o andamento da execução em primeiro grau.

Em apreciação do pleito liminar neguei a suspensividade requestada, abrindo prazo para contrarrazões e coleta das informações do juízo agravado.

Manifestando-se sobre os termos do agravo sobreveio a contraminuta de fls. 198/208 na qual impugna as teses do recorrente, afirmando que o alegado defeito de representação jamais foi suscitado em nenhuma instância anterior durante a constituição da sentença condenatória, sendo impertinente o revolvimento do processo de conhecimento após seu trânsito em julgado e em fase de cumprimento de sentença.

Quanto à condenação imposta pela rejeição da impugnação, verbera ser a mesma legítima, sendo decorrente da sucumbência por resistência ao cumprimento voluntário da obrigação exposta no título judicial.

Sobre a condenação imposta pelos embargos de declaração com cunho protelatório, entende devidamente demonstrada a impertinência do recurso aclaratório sem qualquer indicação do permissivo do art. 535 do CPC, sendo devida a multa aplicada.

Pugna, enfim, pelo desprovimento do recurso e necessária manutenção da decisão agravada.

Informações da autoridade prolatora do *decisum* agravado às fls. 210/211, mantida a decisão em juízo de retratação.

Manifestação ministerial em segundo grau sem incursão de mérito por não detectar interesse público (fls. 214/216).

É o breve relatório.

Peço data para julgamento.

VOTO

Recurso que atende aos primados de cabimento e admissibilidade, presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos hábeis para o conhecimento da insurgência, sigo rumo ao mérito.

A discussão do presente agravo se atém ao julgamento de fls. 152/155 e seus integrativos de fls. 14/16, sendo que naquele desacolhido o pedido de impugnação por ausência de instrumento procuratório, ao passo que nestes restaram aplicadas multa de 1% (um por cento) pelo caráter protelatório dos embargos de declaração, além de condenação em honorários advocatícios.

Assim delimitados os pontos de manifestação judicial, passemos à análise do recurso. No que toca a ausência de instrumento procuratório a legitimar a cobrança dos honorários sucumbenciais, é certo que sentença objeto da execução em

cumprimento de sentença julgou os embargos do devedor manejados por MIRANTE EMPREENDIMENTO LTDA..

A peça de *defesa* da execução, verdadeiro processo de conhecimento pelo rito ordinário, foi subscrita pelo advogado Wellington Rocha Leitão Filho (fl. 44), não tendo a parte credora se insurgido em sua contestação sobre a falha na representação processual (fls. 45/55) ou mesmo em suas razões de recurso especial (fls. 93/97).

Inobstante tal constatação, é o próprio agravante quem legitima o procurador no presente agravo, acostando a procuração de fl. 20, tornando incontroversa a legitimidade do paraninfo em questão.

Some-se a isso o fato de que a sentença executada limita-se a condenar "o embargado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa" (fl. 59), não indicando, como de fato não indica, quem seria o legitimado a receber tal verba sucumbencial. Apresentando-se o procurador da parte vencedora, é este o titular da verba executada.

Dessa forma, não se pode admitir a simples extinção da execução por contar o processo de conhecimento com falha não suscitada pelo interessado após transitado em julgado o *decisum* condenatório. Até porque não só o advogado é titular desse direito, mas também é possível ao próprio vencedor da ação a cobrança de tal sucumbência. Nesse sentido:

> A execução da sentença, na parte alusiva aos honorários resultantes da sucumbência, pode ser promovida tanto pela parte como pelo advogado. (RSTJ – 151/414)

Portanto, a eventual irregularidade processual no processo de conhecimento, não invalida a condenação honorário, mormente quando indiscutível o trabalho desenvolvido pelo advogado durante todo o curso do processo nas instâncias de julgamento.

Sobre a condenação de honorários sucumbenciais em sede de cumprimento de sentença, não há qualquer discussão séria que afaste tal incidência, tratando-se de ponto pacífico perante este Sodalício, bem assim na esfera de entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, de que "o fato de se ter alterado a natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento é assegurado, não traz nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios". Isso porque "se haverá arbitramento de honorários na execução (art. 20, § 4º, do CPC) e se o cumprimento da sentença se faz por execução (art. 475, I, do CPC), outra conclusão não é possível, senão a de que **haverá a fixação de verba honorária na fase de cumprimento da**

sentença." (TJCE - Apelação 1778-95.2002.8.06.0000/0 - 5ª Câmara Cível, Relator Des. FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA, Data de registro: 25/10/2011)

Corroborando:

> A transformação da execução de título judicial em mero desdobramento do processo anteriormente instaurado não alterou a sistemática dos honorários advocatícios, que continuam a ser devidos, agora na fase de cumprimento de sentença, até porque a verba honorários fixada até então, na sede cognitiva, não terá contemplado o trabalho desenvolvido pelo advogado para a execução do julgado.
> (STJ – Corte Especial, REsp 1.028.855, Min. Nancy Andrighi, j .27.11.08, DJ 5.3.09)

Isso porque não se trata de mero *incidente processual*, como acreditar ser o agravante, mas efetiva ação para o *cumprimento forçado* de comando judicial. A resistência ao pagamento consiste ponto de toque para decisão e aflora a incidência do princípio da causalidade hábil a justificar a condenação em sucumbência.

No tocante à multa pelo caráter protelatório, entendo assistir razão o pedido de reforma. Destarte, a parte embargante suscitou o juízo decisório sobre tema que entendeu relevante para o julgamento de sua pretensão, explicitando nuance que mereceria, a seu ver, destaque normativo para fins de prequestionamento.

Assim, embora rejeitada a tese esposada pelo embargante, não são protelatórios os embargos de declaração interpostos para fins de prequestionamento do direito tido por violado. É o que se encontra sumulado perante o C. Superior Tribunal de Justiça, a teor do verbete n. 98, *in verbis*:

> Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

In casu, por não vislumbrar excesso de defesa, e por serem apenas os primeiros aclaratórios interpostos pela parte, não devem estes serem tratados pela pecha de protelatórios.

ISSO POSTO, conheço do recurso para dar-lhe parcial provimento, afim de afastar a condenação de protelação dos embargos de declaração, mantidos todos os demais pontos do *decisum a quo*.

É como voto.

Fortaleza, 10 de fevereiro de 2014.

PROCESSO: 0027874-64.2013.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: UNIMED DE FORTALEZA – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA
AGRAVADO: LUCIANO CAVALCANTE REPRESENTADO POR DANIELLA DE FIGUEIREDO CORREIA FARIAS CAVALCANTE
RELATORA: DES. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS HAVIDAS COM MÉDICOS NÃO CONVENIADOS. LIMITAÇÃO À TABELA DE HONORÁRIOS PRATICADA (ART. 12, VI, DA LEI DOS PLANOS DE SAÚDE).

1. Discute-se, na presente via recursal, a verossimilhança do direito alegado no âmbito da ação ordinária ajuizada pela parte recorrida no intuito de ver custeado o tratamento a que se submete por força de enfermidade de paralisia cerebral que o acometeu.

2. Nos termos do art. 12, VI, da Lei 9.656/98, não se admite que a parte possa livremente escolher com quais médicos pretende se consultar, mas apenas optar, nos planos de livre escolha, entre aqueles que estão **credenciados** perante a cooperativa, salvo nos casos de urgência e emergência quando não for possível o tratamento com a rede credenciada, ocasião em que o tratamento será possível mediante reembolso, limitado este à tabela de honorários praticada pela cooperativa. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo conhecido e parcialmente provido, reformando-se parcialmente a decisão para autorizar os reembolsos do tratamento a que a parte se submete, mas com limitação à tabela de honorários da cooperativa, nos termos do art. 12, VI, da Lei 9.656/98.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e dar parcial provimento ao recurso,

nos termos do voto da Relatora e em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça. Fortaleza, 19 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Cogita-se de agravo de instrumento interposto pela UNIMED de Fortaleza – Cooperativa de Trabalho Médico LTDA em face de Luciano Cavalcante representado por Daniella de Figueiredo Correia Farias impugnando decisão da lavra do juízo da 22ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza-CE que deferiu medida de antecipação de tutela para determinar à recorrente o custeio do tratamento médico discriminado à fl. 25.

Contra esta decisão, a cooperativa sustenta, em síntese (fls. 03/19): i) que o tratamento por médicos não cooperados está excluído da cobertura do contrato de assistência de saúde; ii) que há risco de lesão grave ou de difícil reparação na medida em que a decisão judicial objurgada deferiu o tratamento por médicos não cooperados e em patamar bem superior ao previsto contratualmente; iii) que os procedimentos médicos não foram sequer solicitados por médico cooperado; iv) que o tratamento a que se submete o menor pode ser feito por médicos cooperados, devidamente aptos à realização do procedimento; v) que a UNIMED possui um serviço especial para este tipo de demanda, que é o serviço UNIMED LAR, bastando uma solicitação de médico cooperado para o ingresso neste tipo de tratamento; vi) que a UNIMED possui uma gama extensa de médicos à disposição da parte recorrida e que esta, por mera liberalidade, optou por toda uma equipe de médicos não cooperados, não podendo a cooperativa arcar com os custos daí decorrentes; vii) ainda que se sustentasse a possibilidade do custeio pela cooperativa, haveria a necessidade de limitação dos procedimentos médicos à tabela de honorários médicos praticada pela parte agravante.

Com base nestes argumentos, postula o provimento do recurso, cassando/revogando a medida liminar para indeferir o pedido formulado no âmbito da ação principal.

Despacho inicial à fl. 256.

Contraminuta apresentada às fls. 260/274, oportunidade em que o recorrido sustentou: i) que é portador de paralisia cerebral, necessitando de cuidados médicos especiais; ii) que não pode a cooperativa se negar a custear tratamento com médicos não cooperados, na medida em que é o médico que decide a forma de tratamento, e não a cooperativa; iii) que não foi por mera liberalidade que os genitores escolheram médicos não conveniados, na medida em que a indicação da equipe partiu do próprio neuropediatra que o acompanhava desde seu nascimento; iv) que o plano de saúde deve

assegurar ao usuário o melhor tratamento possível, na esteira de precedentes; v) sustenta ainda a aplicação do CDC, com a relativização de cláusulas contratuais abusivas; vi) que não havia a possibilidade de limitação do valor do tratamento pelas entidades cooperadas.

Postulou, por força basicamente destes argumentos, o desprovimento do recurso.

Não foram prestadas informações até o presente momento (fl. 352).

A Procuradoria Geral de Justiça, instada a se manifestar, opinou pelo provimento parcial do recurso da cooperativa, permitindo o tratamento com médicos não conveniados, mas limitando o custeio por parte da cooperativa às despesas que teria caso os médicos fossem cooperados, ou seja, limitados à tabela de honorários médicos (fls. 356/362).

É o relatório.

À Presidência da 2ª Câmara Cível, a fim de que se possa incluir na primeira pauta desimpedida.

Exp. Nec.

VOTO

De início, conheço do agravo, eis que presentes os seus pressupostos de recorribilidade.

Discute-se, na presente via recursal, a verossimilhança do direito alegado no âmbito da ação ordinária ajuizada pela parte recorrida no intuito de ver custeado o tratamento a que se submete por força de enfermidade de paralisia cerebral que o acometeu.

A regência da matéria de fundo é feita pelo art. 12, VI, da Lei dos Planos de Saúde, que prescreve:

> Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:
> VI - **reembolso**, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, **nos limites das obrigações contratuais,** das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de **urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras,** de acordo com a relação de preços de serviços médicos e

> hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada;

Percebe-se, sem maiores dificuldades, que a legislação não admite que a parte recorrida possa livremente escolher com quais médicos pretende se consultar, mas apenas escolher entre aqueles que estão **credenciados** perante a cooperativa, **salvo nos casos de urgência e emergência quando não for possível o tratamento com a rede credenciada.**

Não é o que ocorreu na espécie, na medida em que o tratamento a que se submete a parte recorrida, embora seja um tratamento considerado urgente e permanente, pode ser prestado pela rede credenciada pelo serviço de UNIMED LAR, a que a cooperativa sustenta que o recorrido tem direito (fato incontroverso – art. 334, III, CPC)

Ora, havendo serviço próprio da UNIMED, não poderia simplesmente o agravado eleger os profissionais não credenciados para prestar o serviço.

De toda sorte, em causas que versam sobre o direito à saúde é preciso que todas as cautelas sejam tomadas no intuito de que não se comprometa o direito à vida, objeto de discussão.

Na espécie, houve deferimento amplo de medida liminar no dia 12 de março de 2013 (fls. 23/25), e desde então o recorrido (uma criança com paralisia cerebral com idade aproximada de três anos) vem se submetendo a um tratamento com médicos indicados pelo neurocirurgião que o vinha acompanhando desde seu nascimento.

É evidente que o deferimento de uma medida liminar não produz um direito adquirido à parte de prosseguir no gozo do direito. Mas em se tratando de um tratamento sério tal como o que se postula na espécie, é possível aplicar, excepcionalmente, a título de tutela cautelar – sem prejuízo de seu reexame no mérito – a regra geral do art. 12, VI, da LPS.

Neste sentido, a jurisprudência desta Corte estabelece que, em tais casos, há a possibilidade de reembolso de tratamentos médicos não conveniados, desde que limitado à tabela de honorários médicos praticada pela cooperativa. Transcrevo, nesta linha, precedente do Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha:

> Ementa: PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. PEDIDO CERTO. SENTENÇA ILÍQUIDA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE ATENDIMENTO NÃO JUSTIFICADA. PROCEDIMENTO DE URGÊNCIA. CUSTEIO DAS DESPESAS EFETUADAS EM HOSPITAL NÃO PERTENCENTE

À REDE CONVENIADA. DANO MORAL E MATERIAL EVIDENCIADOS. NEGATIVA DE ATENDIMENTO E PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REALIZADO EM HOSPITAL NÃO CREDENCIADO À REDE DO CONVÊNIO DE SAÚDE. QUANTUM DEBEATUR. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO PARENTERAL/ENTERAL DEFERIDO EM PROVIMENTO CAUTELAR. REVOGAÇÃO. COMPENSAÇÃO DETERMINADA NA DECISÃO RECORRIDA. OBRIGAÇÃO DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DECLARADA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. DECAIMENTO DE AMBAS AS PARTES. IMPOSSIBILIDADE DE SER SUPORTADO POR APENAS UMA DELAS. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO (SÚMULA 362, STJ). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1- Não há de ser declarada a nulidade da sentença ilíquida sob argumento de que se formulou pedido certo de ressarcimento por dano material, uma vez a jurisprudência do STJ tem interpretado o paragrafo único do art. 459 do CPC no sentido de que deve ser entendido em consonância com o sistema que contempla o princípio do livre convencimento (art. 131 do CPC), de maneira que, não estando o julgador convencido da procedência da extensão do pedido certo formulado pelo autor, aquele pode reconhecer o direito deste mas remeter as partes para a fase de liquidação. *In casu*, em vista da negativa de atendimento, a Magistrada a quo reconheceu o direito do autor ao reembolso das despesas efetuadas com a cirurgia de sua falecida esposa em hospital não pertencente à rede conveniada, mas com parâmetro na tabela praticada pela administradora do plano de saúde.

2- A recusa indevida de atendimento, especialmente nas situações de emergência, nas quais em risco a própria vida, valor fundamental em nossa ordem jurídica, extrapola os limites do mero inadimplemento contratual, visto que a imprecisão ou hesitação no socorro agrava a incerteza psicológica e gera aflição, que ultrapassam os meros dissabores, caracterizando o dano moral indenizável. Precedentes.

3- A fixação do quantum indenizatório deve dar-se de modo proporcional e razoável, contemplando a um só tempo a mitigação do sofrimento do ofendido, sem implicar enriquecimento sem causa, e a censura ao comportamento ilícito do ofensor, de sorte a não recalcitrar. Danos morais arbitrados em R$25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

4**- A jurisprudência do STJ tem entendido ser possível o reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado, pelo valor equivalente ao que seria cobrado por outro da rede, em casos excepcionais, como a inexistência de estabelecimento credenciado no local, a recusa do hospital conveniado de receber o paciente, a urgência da internação etc.**

5- Não há falar em compensação de valores atinentes à prestação pela administradora do plano de saúde de alimentação parenteral/enteral, prevista no contrato unicamente na hipótese de internação (atendimento hospitalar). Seria um contrassenso admitir-se a prestação de assistência domiciliar pela operadora do plano sem o tratamento nutricional

> indispensável à manutenção da vida e saúde da enferma, mormente porque sua hospitalização geraria gastos muito maiores à administradora do plano. Não há razão para excluir da cobertura do plano de saúde, sob pena de negar à beneficiária o tratamento adequado a sua recuperação, a alimentação parenteral/enteral que lhe seria prestada se estivesse hospitalizada, sendo nula tal cláusula do contrato nesta hipótese.
> 6- Havendo ambas as partes sido vencedor e vencido, não há como impingir o ônus da sucumbência a somente uma delas.
> 7- Os juros de mora, na responsabilidade contratual, incidem desde a citação. A correção monetária a partir do arbitramento da indenização (Súmula 362, STJ).
> 8- Recurso conhecido e parcialmente provido.
> (Apelação 7995565200580600011; Relator(a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data de registro: 04/12/2012)

Seguindo a mesma orientação, cito precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL E PROCESSUAL. PLANO DE SAÚDE. DESPESAS. EMERGÊNCIA. REDE NÃO CONVENIADA. EMERGÊNCIA. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.
> I. "O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado, pelo valor equivalente ao que seria cobrado por outro da rede, pode ser admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc.)" (REsp 267.530/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, unânime, DJ: 12/03/2001).
> II. Concluindo as instâncias ordinárias pela emergência na situação, o reexame da questão esbarra no que diz o verbete n. 7, da Súmula desta Corte.
> III. Recurso especial improvido.
> (REsp 809.685/MA, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 17/12/2010)

> "PLANO DE SAÚDE. Centro Trasmontano. Internação. Hospital não conveniado. - **O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado, pelo valor equivalente ao que seria cobrado por outro da rede, pode ser admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc.),** os quais não foram reconhecidos nas instâncias ordinárias. - A operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota. Recurso não conhecido."
> (4ª Turma, REsp 267.530/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, DJU de 12.03.2001)

Portanto, a melhor solução do presente recurso, nesta sede ainda perfunctória da ação, inerente ao exame da antecipação de tutela, é determinar que o reembolso continue ocorrendo nos termos do art. 12, VI, da LPS, **mas com a limitação financeira da tabela de honorários médicos praticada pela cooperativa,** conforme, a propósito, sugerido pela Procuradoria Geral de Justiça, no substancioso parecer de Sua Excelência a Procuradora Maria Elaine Lima Maciel.

DO EXPOSTO, conheço e dou parcial provimento ao recurso, reformando a decisão agravada para deferia apenas parcialmente a antecipação de tutela, determinando à cooperativa que promova mensalmente o reembolso das despesas médicas da parte recorrida, com a limitação da tabela de honorários médicos que pratica na hipótese, tudo nos termos do art., 12, VI, da LPS.

É como voto.

Fortaleza, 19 de fevereiro de 2014.

PROCESSO: 0028557-04.2013.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: GEORGE LOPES VALENTIM
AGRAVADO: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. AÇÃO DE DANOS MORAIS. VALOR DA CAUSA QUE DEVE CORRESPONDER AO BENEFÍCIO PATRIMONIAL PERSEGUIDO QUANDO O VALOR É ARBITRADO NA PRÓPRIA EXORDIAL. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que "*O valor da causa nas ações de indenização por danos morais é aquele da condenação postulada, se mensurado pelo autor, em razão de que deve corresponder ao conteúdo econômico da pretensão, não podendo atribuir valor menor*." (AgRg no Ag 1148167/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 12/04/2011). Neste sentido também: INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA Nº 19694-06.2006.8.06.0000/0, Relatora: Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira.

2. Ainda em conformidade com o Superior Tribunal de Justiça, somente é possível a atribuição estimativa de valor à causa nos casos de ajuizamento de Ação de Indenização por Danos Morais quando o autor deixa de arbitrar o valor que pretende obter a título de indenização na exordial. No momento em que há a indicação do valor na petição inicial, este deve ser levado em consideração para fins de fixação do valor da causa, haja vista que este leva sempre em consideração o benefício patrimonial pretendido pela parte. Neste sentido, há os seguintes precedentes: AgRg no Ag 639.979/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 24/03/2009; AgRg no Ag 1148167/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011.

3. Agravo de Instrumento conhecido e provido para reformar a decisão que acolheu a impugnação ao valor da causa, fixando este correspondente ao benefício perseguido pelo autor da ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Desa. Relatora. Fortaleza, 5 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Cogita-se de agravo de instrumento interposto por George Lopes Valentim em face de Google Brasil Internet Ltda impugnando decisão da lavra do juízo da 2ª Vara da Comarca de Maranguape que, nos autos da ação de reparação de danos morais nº 0010877-71.2012.8.06.0119, acolheu impugnação ao valor da causa para reduzi-lo do valor de R$ 1.300.000,00 (hum milhão e trezentos mil reais) para o patamar de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em sua minuta (fls. 01/13), a parte agravante sustenta que, na qualidade de Prefeito de Maranguape, foi vítima de diversas publicações injuriosas e difamatórias hospedadas em servidores de internet da ora recorrida, pelo que teria direito à indenização por dano moral estimada em R$ 1.300.000,00 (hum milhão e trezentos mil reais). Sustenta, ainda, que o valor da causa em ações de reparação de danos morais deve corresponder ao benefício econômico pretendido com a ação.

Ausente pedido de atribuição de efeito suspensivo, despachei requisitando informações e franqueando a formação do contraditório (fl. 105).

Contraminuta apresentada às fls. 109/115, ocasião em que a recorrida sustenta que se revela possível ao magistrado a redução do valor da causa quando este se apresentar excessivo, tal como sucedeu na espécie.

Informações prestadas às fls. 136/137.

À fl. 161, determinei a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça, que deixou de oficiar por entender ausente interesse público a justificar sua intervenção.

É o relatório.

À Presidência da 2ª Câmara Cível, a fim de que se possa incluir na primeira pauta desimpedida.

Exp. Nec.

VOTO

Inicialmente, é preciso sublinhar o cabimento do Agravo de Instrumento para fins de desafiar decisão que julga improcedente impugnação ao valor da causa, haja vista que a decisão impugnada resolve incidente, não pondo fim ao processo, razão pela qual, reconhecendo os demais requisitos extrínsecos e intrínsecos, conheço do recurso.

No mérito, a controvérsia é pacífica a propósito da matéria. O Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual "*O valor da causa nas ações de indenização por danos morais é aquele da condenação postulada, se mensurado pelo autor, em razão de que deve corresponder ao conteúdo econômico da pretensão, não podendo atribuir valor menor.*" (AgRg no Ag 1148167/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 12/04/2011).

É preciso sublinhar, por outro lado, que somente é cabível a atribuição de valor à causa de forma estimativa quando o próprio autor da ação deixar de indicar quanto pretende obter de indenização. Neste sentido transcrevo trecho do voto do Min. Luís Felipe Salomão nos autos do AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.148.167/SP:

> "Acrescente-se que, somente seria possível um valor da causa meramente estimativo, quando a fixação do valor da indenização for deixada ao arbítrio do juiz, o que não é o caso dos autos, uma vez que o autor mensurou o valor da indenização. Nesse sentido, o seguinte julgado:
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. DANOS MORAIS. VALOR ESTIMATIVO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO. Conforme precedente desta Corte, é cabível a indicação de valor da causa meramente estimativo quando o autor da ação de indenização por danos morais deixa ao arbítrio do juiz a especificação do quantum indenizatório. Agravo Regimental improvido.
> (AgRg no Ag 639.979/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 24/03/2009)

No mesmo sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VALOR DA CAUSA. QUANTIFICAÇÃO NA INICIAL.
> I - Nas ações de indenização, o valor da causa deve corresponder à soma de todos os valores pretendidos, em consonância com o art. 259, II, do Código de Processo Civil.

> II - Tendo os autores declinado, na inicial, as importâncias postuladas a título de danos materiais e morais, o valor da causa deverá corresponder ao somatório dos pedidos, não devendo ser acolhida a alegação de que o quantum dos danos morais foi apenas sugerido, em caráter provisório. Agravo Regimental improvido.
> (AgRg no REsp 1229870/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 30/03/2011)

Com efeito, a jurisprudência do STJ diferencia duas hipóteses distintas: a primeira sucede quando o autor da ação deixa de indicar o quantum que pretende obter a título de indenização; na segunda, há um arbitramento e a formulação de um pedido expresso a propósito da quantia a ser percebida. Neste último caso, segundo o STJ, o valor da causa deve corresponder ao valor arbitrado pela parte a título de indenização, ainda que tal valor, por exemplo, não venha a repercutir, ao final, em eventuais ônus sucumbenciais.

Este também o entendimento desta Corte de Justiça, especificamente desta 2ª Câmara Cível, conforme precedente de minha Relatoria:

> Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. AÇÃO DE DANOS MORAIS. VALOR DA CAUSA QUE DEVE CORRESPONDER AO BENEFÍCIO PATRIMONIAL PERSEGUIDO QUANDO O VALOR É ARBITRADO NA PRÓPRIA EXORDIAL. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.
> 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que "O valor da causa nas ações de indenização por danos morais é aquele da condenação postulada, se mensurado pelo autor, em razão de que deve corresponder ao conteúdo econômico da pretensão, não podendo atribuir valor menor." (AgRg no Ag 1148167/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 12/04/2011). Neste sentido também: INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA Nº 19694-06.2006.8.06.0000/0, Relatora: Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira.
> 2. Ainda em conformidade com o Superior Tribunal de Justiça, somente é possível a atribuição estimativa de valor à causa nos casos de ajuizamento de Ação de Indenização por Danos Morais quando o autor deixa de arbitrar o valor que pretende obter a título de indenização na exordial. No momento em que há a indicação do valor na petição inicial, este deve ser levado em consideração para fins de fixação do valor da causa, haja vista que este leva sempre em consideração o benefício patrimonial pretendido pela parte. Neste sentido, há os seguintes precedentes: AgRg no Ag 639.979/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 24/03/2009; AgRg no Ag 1148167/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011)
> 3. Na espécie, o autor postula a condenação da parte ré no valor de 1.000 (hum mil) salários mínimos, equivalente, ao tempo de ajuizamento da

> ação, a R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), de modo que houve indicação expressa do valor que se pretendia obter com a causa, devendo o valor a ela atribuído corresponder ao montante supracitado.
> 4. Agravo de Instrumento conhecido e provido.
> (Agravo de Instrumento 894010200380600000; Relator(a): MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 11/08/2011)

Fixadas estas premissas, tem-se, na espécie, que o autor ajuizou ação postulando condenação da ora recorrida em danos morais no valor de 1.300.000,00 (hum milhão e trezentos mil reais).

Não cabe, nesta seara, examinar a exorbitância do valor **meramente estimativo** indicado, sob pena de ingressar-se indevidamente no próprio mérito da ação de reparação de danos. Com efeito, nada impede que o magistrado, julgado o pedido formulado na ação, venha a concluir no sentido de sua exorbitância, desde que o faça no âmbito da sentença em sede meritória.

Portanto, tendo havido individualização expressa, no corpo da petição inicial, a propósito da indenização que se pretendia obter, impõe-se a reforma da decisão para julgar improcedente o incidente de impugnação ao valor da causa, mantendo-o no patamar de R$ 1.300.000,00 (hum milhão e trezentos mil reais), correspondente ao benefício econômico almejado com a ação.

DO EXPOSTO, conheço do agravo e dou-lhe provimento, reformando a decisão agravada para julgar improcedente o incidente de impugnação ao valor da causa, mantendo o valor da causa em R$ 1.300.000,00 (hum milhão e trezentos mil reais).

É como voto.

Fortaleza, 5 de fevereiro de 2014

PROCESSO: 0033113-49.2013.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: IMPORTÉCNICA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA
AGRAVADOS: ANTÔNIA LIDUINA SALES MELO, ATYLA SALES MELO E ALYSSON SALES MELO
RELATORA: DES. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO DE IMÓVEL URBANO. LEGITIMIDADE DOS HERDEIROS DO LOCADOR. EXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DE MEDIDA LIMINAR FORA DAS HIPÓTESES DO ART. 59, §1º, DA LEI DO INQUILINATO. ROL EXEMPLIFICATIVO. PRECEDENTES. INADIMPLÊNCIA MANIFESTA DO LOCATÁRIO. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA ORDEM DE DESPEJO NEGADO. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. No que concerne, inicialmente, ao argumento alusivo à ausência de legitimidade *ad causam,* o art. 10, da Lei do Inquilinato confere legitimidade ampla aos herdeiros para ajuizarem ações em desfavor do locatário, para fins de despejo (*Art. 10. Morrendo o locador, a locação transmite - se aos herdeiros)*. Precedentes.

2. Por outro lado, não há plausibilidade no argumento alusivo à impossibilidade jurídica do pedido de despejo. É evidente que tal pedido se afigura viável em se tratando de contrato locatício inadimplido, nos termos do art. 62, da Lei do Inquilinato.

3. Melhor sorte não socorre o agravante no que tange ao alegado descumprimento ao que dispõe o art. 59, §1º, IX, da Lei do Inquilinato, eis que o contrato está garantido por caução. Ora, o rol do art. 59, §1º, IX, da aludida lei, é sabidamente exemplificativo, podendo o magistrado, com fulcro no art. 273, *caput*, CPC, deferir pedido de antecipação de tutela para fins de despejo, fora das hipóteses daquele artigo, desde que presentes os requisitos delineados naquele artigo. Precedentes do STJ.

4. Na espécie, a inadimplência traduz fato incontroverso nos autos. A própria parte recorrente assume que não vem pagando as prestações mensais desde julho de 2013, somando mais de 4 (quatro) meses sem pagar o aluguel, descumprindo, ademais, com o dever de pagar o IPTU e o seguro contra incêndio, conforme planilha juntada aos autos, autorizando-se tal conclusão, nos termos do art. 334, III, do CPC.
5. Agravo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao agravo, nos termos do voto da Desa. Relatora. Fortaleza, 26 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Cogita-se de agravo de instrumento interposto por **Importecnica Comércio e Serviços Ltda** em face de **Antonia Liduina Sales Melo, Atyla Sales Melo e Alysson Sales Melo** impugnando decisão do juízo da 19ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza-CE que deferiu pedido liminar em sede de ação de despejo ajuizada pelos últimos, com fundamento na inadimplência com os aluguéis mensais.

Em sua minuta, alega, preliminarmente, que os autores carecem de ação, eis que não possuem legitimidade para litigar, na medida em que tal legitimação caberia, antes da partilha, ao espólio, nos termos do art. 12, V, do CPC. Ainda à guisa de preliminar, sustentam que o pedido é juridicamente impossível por não ter havido pedido de rescisão do contrato. No mérito, alega que o contrato possui garantia, não se viabilizando a utilização do art. 59, §1º, IX, da Lei do Inquilinato. Sustenta, ainda, que, na esteira do princípio da preservação da empresa, a suspensão do despejo é medida em se impõe, eis que a sociedade empresária é geratriz de empregos. Por fim, narra episódios de desforço imediato não autorizados pelas partes autoras e, ainda, que a dívida é menor do que a alegada.

Postulam, com base em tais argumentos, a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, no mérito, o seu provimento, indeferindo-se a medida liminar concedida na origem.

Despachei inicialmente requisitando cópia integral dos autos (fl. 104), providência devidamente cumprida na petição apensada (fls. 112/232).

Indeferi a medida liminar (fls. 107/110).

Contraminuta às fls. 236/247.

Sem informações (fl. 253).

É o relatório.

Inexistindo revisão na espécie (art. 34, §3º, do RITJCE), remetam-se os autos à Presidência da 2ª Câmara Cível, para fins de inclusão na primeira pauta desimpedida (art. 33, II, do RITJCE).

Expedientes de estilo.

VOTO

Inicialmente, conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de recorribilidade.

O recurso não merece ser provido, pelas mesmas razões que já declinei na ocasião em que examinei a postulação liminar.

No que concerne, inicialmente, ao argumento alusivo à ausência de legitimidade *ad causam,* parece-me que o art. 10, da Lei do Inquilinato confere legitimidade ampla aos herdeiros para ajuizarem ações em desfavor do locatário, para fins de despejo. Eis a redação do dispositivo:

> Art. 10. Morrendo o locador, a locação transmite - se aos herdeiros

Assim vem decidindo a jurisprudência dos tribunais do país:

> Locação de imóveis - Ação de despejo por falta de pagamento c. c. cobrança - Legitimidade ativa da coerdeira Reconhecimento."**O artigo 10 da Lei do Inquilinato dispõe que 'morrendo o locador, a locação transmite-se aos herdeiros', ou seja, com a morte do locador, transfere-se aos seus herdeiros os direitos da locação".Locação de imóveis - Ação de despejo por falta de pagamento c. c. cobrança - Legitimidade Ativa - Artigo 2º da Lei nº 8.245/91 - Vários locadores - Qualquer deles – Admissibilidade. Qualquer dos locadores, individualmente, pode ajuizar ação de despejo contra o único locatário.** (...)
> (TJ-SP - APL: 2098887320098260008 SP 0209888-73.2009.8.26.0008, Relator: Orlando Pistoresi, Data de Julgamento: 27/06/2012, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/06/2012, undefined)

> **"(...) EM CONFORMIDADE COM O ART. 10 DA MENCIONADA LEI, MESMO COM A MORTE DO LOCADOR, O CONTRATO DE LOCACAO CONTINUA A VIGER, AGORA COM A TRANSMUTACAO DA PESSOA DE UM DOS CONTRATANTES, PELOS SEUS HERDEIROS, O QUE LEGITIMA A AUTORA E LHE CONFERE INTERESSE PROCESSUAL PARA PROMOVER A AÇÃO DE DESPEJO.** (...)
> (TJ-PR - AC: 1128616 PR Apelação Cível - 0112861-6, Relator: Paulo Roberto Vasconcelos, Data de Julgamento: 07/10/1998, Quinta Câmara Cível (extinto TA), undefined)

Por outro lado, não vislumbro plausibilidade no argumento alusivo à impossibilidade jurídica do pedido de despejo. É evidente que tal pedido se afigura viável em se tratando de contrato locatício inadimplido, nos termos do art. 62, da Lei do Inquilinato.

Melhor sorte não socorre o agravante no que tange ao alegado descumprimento ao que dispõe o art. 59, §1º, IX, da Lei do Inquilinato, eis que o contrato está garantido por caução. Ora, o rol do art. 59, §1º, IX, da aludida lei, é sabidamente exemplificativo, podendo o magistrado, com fulcro no art. 273, caput, CPC, deferir pedido de antecipação de tutela para fins de despejo, fora das hipóteses daquele artigo, desde que presentes os requisitos delineados naquele artigo. Neste sentido:

> "**O rol previsto no art. 59, § 1º, da Lei n.º 8.245/94, não é taxativo, podendo o magistrado acionar o disposto no art. 273 do CPC para a concessão da antecipação de tutela em ação de despejo, desde que preenchidos os requisitos para a medida".**
> (REsp 1207161/AL, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 18/02/2011)

Na espécie, a inadimplência traduz **fato incontroverso** nos autos. A própria parte recorrente assume que não vem pagando as prestações mensais desde julho de 2013, somando mais de 4 (quatro) meses sem pagar o aluguel, descumprindo, ademais, com o dever de pagar o IPTU e o seguro contra incêndio, conforme planilha de fls. 16/17, autorizando-se tal conclusão, nos termos do art. 334, III, do CPC.

No que diz respeito aos demais argumentos, não me convenço da plausibilidade, sobretudo considerada a manifesta inadimplência da parte recorrente.

No mais, eventual discussão alusiva ao correto montante que deve a empresa será possível de ser realizada em sede própria, durante a instrução, o que **não afasta a inadimplência** nem inviabiliza o deferimento da súplica de urgência, nos termos do art. 273, CPC.

Por fim, a alegação de que houve desforço imediato por parte dos herdeiros deve ser objeto de ação própria e regular instrução, a fim de que eventuais perdas e danos, caso existentes, sejam apuradas, descabendo simplesmente afastar-se a garantia contratual que os locadores possuem (do despejo em caso de inadimplência) ante a manifesta e incontroversa inadimplência.

DO EXPOSTO, conheço e nego provimento ao agravo.

É como voto.

Fortaleza, 26 de fevereiro de 2014.

PROCESSO: 0011888-41.2011.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO VIRTUAL
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADOS: COMERCIAL CIRÚRGICA RIOCLARENSE LTDA. E OUTROS
RELATOR: DES. CARLOS ALBERTO MENDES FORTE

EMENTA: PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE CONVÊNIO DO CONFAZ. INCIDENTAL. PROTOCOLO Nº 21/2011, LEI Nº 14.237/08 E DECRETO Nº 30.542/11. APLICAÇÃO DO ART. 108 DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Ceará, em face de Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda. e outros, objetivando suspender a decisão proferida pela então MMª Juíza de Direito Titular da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/Ce, que deferiu parcialmente a liminar requestada na inicial do mandado de segurança para suspender a cobrança de ICMS em face de susposta inconstitucionalidade da Lei nº 14.237/08, do Decreto nº 30.542/11 e do Protocolo nº 21/2011 do CONFAZ.

2. Art. 108. Arguida, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, o Relator, ouvido o Procurador-Geral de Justiça, submeterá a questão à Turma ou Câmara a que tocar o conhecimento do processo.

3. Arguição aceita para submeter a questão ao Órgão Especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do agravo de instrumento nº 0011888-41.2011.8.06.0000, 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 da arguição de inconstitucionalidade incidental para submeter a questão ao Órgão Especial.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento sem pedido de efeito suspensivo interposto pelo Estado do Ceará, em face de Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda. e outros, objetivando suspender a decisão proferida pela então MMª Juíza de Direito Titular da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/Ce, que deferiu parcialmente a liminar requestada na inicial do mandado de segurança para liberar as mercadorias apreendidas.

Nas razões recursais (fls. 03/15), alega, no mérito, que a decisão vergastada errou por ser *extra petita*; ademais, o Estado possuiria o poder de polícia para apreender mercadorias limitando o exercício de atividades empresariais, sendo, assim, legítima e legal a apreensão, bem como inaplicável ao caso o enunciado de nº 323 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Ao final, pugna pela concessão do efeito ativo e sua confirmação quando do julgamento camerário.

Em face da ausência de pedido liminar, determinei a intimação da parte recorrida.

Contrarrazões às fls. 87/95, no qual se defende a manutenção do *decisum* vergastado repisando os argumentos da vestibular.

Parecer da PGJ às fls. 100/106, nas quais opina pelo improvimento do agravo.

As informações não foram prestadas.

É o relatório. Peço data para julgamento, em razão do processo não necessitar de revisão, por se tratar de agravo de instrumento.

VOTO

Pretende o Estado do Ceará instituir hipótese de incidência de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS através de convênio firmado no CONFAZ, a qual é vedada pela Constituição Federal de 1988.

O modelo de tributação quando a mercadoria provém de outro Estado e o adquirente não é contribuinte do ICMS, adotado por nossa Carta Magna, estabelece que o tributo em questão deve ser cobrado unicamente pelo Estado da Federação Brasileira na qual a operação de compra e venda foi realizada. A propósito, leia-se o disposto no art. 155 da CF/88:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
> […]
> §2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
> [...]
> VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:
> a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
> b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;
> VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Assim, como a constitucionalidade dos seguintes diplomas normativos foi atacada em face do dispositivo constitucional acima transcrito, deve-se aplicar o art. 108 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça:

> Art. 108. Arguida, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, o Relator, ouvido o Procurador-Geral de Justiça, submeterá a questão à Turma ou Câmara a que tocar o conhecimento do processo.

Ante o exposto, conheço da presente arguição de inconstitucionalidade incidental, nos termos do art. 108 do Regimento Interno do eg. Tribunal de Justiça, para submeter a questão ao Órgão Especial.

É como Voto.

Fortaleza, 03 de abril de 2013.

Desta forma, como a vedação é do próprio texto da Constituição Federal, não se pode admitir que um convênio do CONFAZ tenha poder e *status* de Emenda à Constituição. Tanto é assim, que outras Câmaras deste eg. Tribunal de Justiça negaram a pretensão estatal, senão veja-se:

> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. TRIBUTÁRIO. ICMS. RECOLHIMENTO DO TRIBUTO QUANDO DA ENTRADA DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO DESTINADAS A CONSUMIDORES FINAIS NÃO CONTRIBUINTES. CRIAÇÃO DE NOVA ESPÉCIE TRIBUTÁRIA POR DECRETO E EXIGÊNCIA DE EXAÇÃO. ILEGALIDADE. SITUAÇÃO

NÃO CONTEMPLADA PELA LEI ESTADUAL Nº. 14.237/2008. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE ESTRITA. INTELIGÊNCIA DOS ART. 37, 150, I e 155, VII, "B" TODOS DA CF/88. APREENSÃO DE MERCADORIAS COM FINALIDADE DE PAGAMENTO DE TRIBUTO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 323 DO STF E 31 DESTE TRIBUNAL (TJCE). RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
(Agravo de Instrumento 3900286201080600000; Relatora: SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 6ª Câmara Cível; Data de registro: 05/07/2012).

Seguindo esta esteira de pensamento, o pleno desse eg. Tribunal de Justiça assim decidiu:

Mandado de Segurança 38936331201080600010
Relator(a): FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA
Comarca: Fortaleza
Órgão julgador: Tribunal Pleno
Data de registro: 23/05/2011
Ementa: ... ICMS PELA ALÍQUOTA INTERNA. SEGURANÇA DEFERIDA. 1.A questão em apreço gira em torno da incidência e aplicação das várias alíquotas de ICMS sobre operações interestaduais ou intermunicipal de circulação de mercadorias e ...
Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. CARGA LÍQUIDA. INCIDÊNCIA E APLICAÇÃO DE VÁRIAS ALÍQUOTAS SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS E INTERMUNICIPAIS ADQUIRIDAS POR CONSUMIDORES FINAIS E NÃO CONTRIBUINTES. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-INCIDÊNCIA. SITUAÇÃO NÃO AMPARADA PELO ART. 11 DA LEI Nº 14.237/2008. INCIDÊNCIA DO ICMS PELA ALÍQUOTA INTERNA. SEGURANÇA DEFERIDA.
1. A questão em apreço gira em torno da incidência e aplicação das várias alíquotas de ICMS sobre operações interestaduais ou intermunicipal de circulação de mercadorias e produtos e de prestação de serviços adquiridos por pessoa física, não contribuinte, para uso próprio.
2. No caso do autos, o impetrante não desempenha, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial. Na verdade o impetrante adquiriu de dois fornecedores sediados na cidade de São Paulo/SP, móveis e utensílios destinados a decoração de seu apartamento, onde reside com esposa e filhas, logo, conclui-se que é o consumidor final dos produtos em comento.
3. O artigo 155, §2º, inciso VII alínea "b", da Constituição Federal prevê ser devida a cobrança do ICMS em relação as operações e prestações que destinem bens e serviços a CONSUMIDOR FINAL localizado em outro Estado, adotando-se a alíquota interna, quando o destinatário for não contribuinte desse imposto.

> 4. Temos a certeza portanto, NÃO ser devida a cobrança do diferencial de alíquota de ICMS, por parte do Estado do Ceará, sobre as operações interestaduais efetuadas por consumidores para a aquisição de produtos SEM OBJETIVO DE COMERCIALIZAÇÃO.
> 5. Assim, por não configurar a operação em apreço "intuito comercial" e "habitual", deve-se observar a orientação já consagrada Superior Tribunal Justiça no sentido de que "incide o ICMS pela alíquota interna, no Estado em que ocorre a saída da mercadoria para o consumidor final, mesmo que o negócio tenha se realizado por meio de filial instalada em outro Estado-membro" (REsp 122.405/MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 13.03.2000),
> 6. Segurança concedida.
> 7. Sem custas, em face de isenção legal (Lei estadual n. 12.381/94, art. 10, inc. III). Sem condenação em honorários advocatícios (Súmula 512, do STF, e Súmula 105, do STJ)

Por tais razões, **DOU PROVIMENTO** ao recurso nos termos do art. 557, §1º-A, do CPC.

16. Expedientes necessários.

Fortaleza, 3 de abril de 2013

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 1641-11.2005.8.06.0000/0 DE QUIXADÁ
AGRAVANTE: SINDICADO RURAL DE QUIXADÁ
AGRAVADOS: BANCO DO ESTADO DO CEARÁ S/A – BEC, BANCO DO BRASIL S/A E BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CRÉDITO RURAL. AUSÊNCIA DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E DE ILEGIMITIDADE ATIVA DO AGRAVANTE, AUTOR DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCESSÃO PARCIAL DA TUTELA ANTECIPADA POSTULADA. CORRETA DENEGAÇÃO DO PLEITO DE PARALISAÇÃO DOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO EM ANDAMENTO. PEDIDO DE SUSPENSÃO DOS PROTESTOS DOS TÍTULOS ORIUNDOS DE CRÉDITO RURAL. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NO JUÍZO *A QUO*. NÃO CONHECIMENTO DESSA PARTE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, SOB PENA DE HAVER INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO APENAS EM PARTE E, NESSA PARTE, IMPROVIDO.

1. Não se aplica ao caso o impedimento previsto no art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985, pois a ação civil pública não tem como alvos o FNE (Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste) nem o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), combatendo, em verdade, a postura dos Agravados, enquanto responsáveis pelos empréstimos dos recursos provenientes dos referidos fundos, sendo nítida, portanto, a possibilidade jurídica do pedido.

2. Os sindicatos, por força do art. 8º, III, da Constituição Federal, do art. 3º da Lei 8.073/1990 e do art. 5º da Lei 7.347/1985, têm legitimidade para propor ação civil pública em defesa dos interesses da categoria que representam, havendo ocorrido, no caso dos autos, a chamada substituição processual, restando patente, dessa forma, a legitimidade do Agravante para figurar no polo ativo da ação civil pública

ajuizada em defesa dos interesses dos seus associados.
3. A paralisação dos processos de execução não se mostra cabível, devendo cada devedor, nos autos de cada execução, exercer a sua ampla defesa, através do meio processual adequado (embargos à execução), cabendo ressaltar que a execução somente será suspensa se ocorrer alguma das hipóteses previstas nos arts. 791 e 792 do CPC, não estando entre elas o ajuizamento de ação civil pública, aplicando-se ao caso, ademais, o art. 585, § 1º, do CPC.
4. Relativamente ao pedido de suspensão dos protestos dos títulos oriundos de crédito rural, verifico que a questão não foi adequadamente examinada no Juízo *a quo*, o que impede o conhecimento dessa parte do Agravo de Instrumento, sob pena de haver indevida supressão de instância.
5. Agravo de Instrumento conhecido apenas em parte e, nessa parte, improvido.

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 conhecer apenas de parte do Agravo de Instrumento, negando-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 10 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Cogita-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito ativo, manejado por Sindicato Rural de Quixadá, adversando a decisão do Juízo da 1ª Vara da Comarca de Quixadá que, nos autos de ação civil pública proposta pelo Agravante em desfavor do Banco do Estado do Ceará S/A – BEC, do Banco do Brasil S/A e do Banco do Nordeste do Brasil S/A, deferiu parcialmente o pleito antecipatório, suspendendo temporariamente a remessa dos nomes dos supostos devedores para os cadastros restritivos de crédito e denegando o pedido de paralisação dos processos de execução porventura em andamento.

O Recorrente aduz, em sinopse, que a ação civil pública discute a exigibilidade das operações de crédito rural e busca obter para os mutuários o direito ao processo de renegociação e de alongamento de dívidas, de modo que, se não houver medida judicial que impeça o prosseguimento das execuções das operações de crédito rural, bem como a suspensão dos protestos dos títulos, todo o seu esforço como legítimo representante dos produtores rurais, acaso seja julgada procedente a mencionada ação, terá sido inócuo (f. 02-19).

Pugna o Agravante, enfim, pelo provimento do recurso, com a consequente reforma do *decisum* combatido.

O Juiz *a quo* não prestou informações (f. 341).

Em suas contrarrazões (f. 328-331), o Banco do Brasil S/A argumenta que o pedido formulado na ação civil pública é juridicamente impossível e que o Recorrente é parte ilegítima para figurar no polo ativo da referida demanda, requerendo, enfim, a extinção do feito, sem resolução de mérito, ou o improvimento do recurso.

O Banco do Nordeste do Brasil S/A, em sua contraminuta (f. 333-337), pugna pela integral manutenção da decisão atacada.

O Banco do Estado do Ceará S/A – BEC não apresentou contrarrazões (f. 343).

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (f. 347-350).

Inicialmente distribuídos ao Des. Ernani Barreira Porto em 12.12.2005 (f. 300), os autos passaram pela relatoria dos Desembargadores Lúcia Maria do Nascimento Fiuza Bitu e José Arísio Lopes da Costa, havendo sido a mim redistribuídos em 05.02.2009 (f. 311), por sucessão.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso deve ser conhecido apenas em parte, negando-se-lhe provimento.

O Banco do Brasil S/A sustenta que o pedido é juridicamente impossível, eis que, por se tratar de verbas oriundas de fundos geradores de crédito rural, não é cabível o ajuizamento de ação civil pública, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública)[1].

Razão não lhe assiste.

1 Art. 1º […]
Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

O pedido somente será impossível juridicamente se houver expressa vedação, relativamente a ele, no ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, os seguintes julgados do STJ:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ESPECIAL PELAS ALÍNEAS A E C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA NÃO DEMONSTRADOS. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE À SÚMULA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 267, VI, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. […] 3. Doutrina e jurisprudência caminham no sentido de que a possibilidade jurídica do pedido, a que se refere o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, é a inexistência, no direito positivo, de vedação explícita ao pleito contido na demanda. Precedentes. […]
> (STJ, REsp 438926/AM, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ 17.11.2003)

> PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO. DECADÊNCIA. ART. 18 DA LEI 1.533/51. PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. […] II - A possibilidade jurídica do pedido, a que se refere o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, é a inexistência, no direito positivo, de vedação explícita ao pleito contido na demanda. Recurso provido.
> (STJ, RMS 16656/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 20.10.2003)

Acerca do assunto, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que:

> "O pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente". (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 504)

Além disso, não se deve confundir a impossibilidade jurídica do pedido com o mérito da causa, tendo já decidido o STJ nesse sentido, conforme demonstra o seguinte aresto:

> […] Impõe-se não confundir a impossibilidade jurídica do pedido com o '*meritum causae*'. Em tese, nada impede ao contratante de postular em juízo o adimplemento de determinada prestação que afirma decorrente do contrato. Se a obrigação existe, ou não, é questão a ser julgada no momento processual oportuno, o da sentença. […]
> (STJ, AgRg no Ag 33416/SP, Rel. Min. Athos Carneiro, 4ª Turma, DJ 10.05.1993)

Na espécie, o Recorrente ajuizou a ação civil pública com o objetivo de discutir os contratos de crédito rural firmados pelos seus associados, renegociando as dívidas e alongando o prazo para o pagamento.

Dessa forma, além de não haver vínculo direto entre os produtores rurais representados pelo Agravante e os fundos geradores do crédito rural, a ação civil pública tem por escopo examinar se estão sendo corretamente aplicados, pelos Bancos agravados, os dispositivos legais que versam sobre o crédito rural, de tal sorte que estão sendo atacados não os fundos geradores do crédito rural, mas sim a postura supostamente abusiva dos Recorridos.

Assim sendo, não se aplica ao caso o impedimento previsto no art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985, pois a ação civil pública não tem como alvos o FNE (Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste) nem o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), combatendo, em verdade, a postura dos Recorridos, enquanto responsáveis pelos empréstimos dos recursos provenientes dos referidos fundos, sendo nítida, portanto, a possibilidade jurídica do pedido.

Ademais, o Banco do Brasil S/A alega que o Recorrente, por não poder atuar como substituto processual dos interessados na demanda, à míngua de previsão em seu estatuto, não tem legitimidade para figurar no polo ativo da ação civil pública.

O argumento não deve ser acolhido.

Os sindicatos, por força do art. 8º, III, da Constituição Federal[2] , do art. 3º da Lei 8.073/1990[3] e do art. 5º da Lei 7.347/1985[4] , têm legitimidade para propor ação

2 Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
[…]
III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

3 Art. 3º As entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria.

4 Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público;
II - a Defensoria Pública;
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
V - a associação que, concomitantemente:
a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.
§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.
§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habi-

civil pública em defesa dos interesses da categoria que representam, havendo ocorrido, no caso dos autos, a chamada substituição processual.

Acerca do assunto, colaciono os seguintes arestos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. SINDICATO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS BANCÁRIOS. 1. Está pacificado nesta Corte Superior o entendimento no sentido de que há legitimidade extraordinária, conferida pela Constituição Federal, aos Sindicatos, para defesa, em juízo ou fora dele, dos direitos e interesse coletivos ou individuais homogêneos, independentemente de autorização expressa do associados. 2. Disposições contratuais presentes em todos os contratos de adesão, configuram homogeneidade no interesse perseguido em juízo, legitimando a pretensão do Sindicato. 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ, AgRg no REsp 1107839/MT, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 20.08.2012)
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REAJUSTE DE 28,86%. EXECUÇÃO. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. […] 1. Segundo a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, o Sindicato tem legitimidade para defender em juízo os direitos da categoria mediante substituição processual, seja em ação ordinária, seja em demandas coletivas.[…]
> (STJ, AgRg nos EREsp 488911/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, DJe 06.12.2011)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DOS DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS DE CATEGORIA QUE REPRESENTA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. Conforme entendimento pacificado nos tribunais e consoante art. 5º da Lei n.º 7.347/85, c/c art. 8º, III, da CF/88, estão os sindicatos legitimados à propositura de ação civil pública em defesa dos direitos e interesses individuais da categoria que representam.
> (TJMG, Agravo de Instrumento 0571435-23.2012.8.13.0000, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, 11ª Câmara Cível, julgamento em 08.08.2012, publicação em 20.08.2012)

litar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

§ 4.° O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 5.° Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

§ 6° Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DOS DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS E COLETIVOS DE CATEGORIA QUE REPRESENTA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. […] I - Conforme entendimento pacificado nos tribunais e consoante art. 5º da Lei n.º 7.347/85, c/c art. 8º, III, da CF/88, estão os sindicatos legitimados à propositura de ação civil pública em defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos da categoria que representam. […]
> (TJMG, Agravo de Instrumento 0291603-56.2011.8.13.0000, Rel. Des. Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, julgamento em 06.12.2011, publicação em 20.01.2012)
>
> AÇÃO CIVIL. PÚBLICA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. LEGITIMIDADE ATIVA. SINDICATOS. […] O ajuizamento de ação civil pública pelos sindicatos se afigura plenamente legítimo para a defesa de direitos individuais homogêneos de seus filiados, na esteira daquilo que o estabelece Código de Defesa do Consumidor. […]
> (TJMG, Apelação Cível 5402180-80.2007.8.13.0024, Rel. Des. Tiago Pinto, 15ª Câmara Cível, julgamento em 01.09.2011, publicação em 21.09.2011)

Dessa forma, resta patente a legitimidade do Agravante para figurar no polo ativo da ação civil pública ajuizada em defesa dos interesses dos seus associados.

No que tange ao indeferimento do pleito de paralisação dos processos de execução em curso, entendo que agiu com acerto o Magistrado de 1º Grau, pois a suspensão do andamento dos feitos não se mostra cabível, devendo cada devedor, nos autos de cada execução, exercer a sua ampla defesa, através do meio processual adequado (embargos à execução).

Ressalto que a execução somente será suspensa se ocorrer alguma das hipóteses previstas nos arts. 791 e 792 do CPC[5] , não estando entre elas o ajuizamento de ação civil pública, aplicando-se ao caso, ademais, o art. 585, § 1º, do CPC[6] .

Sobre o tema, trago à baila os seguintes julgados:

---

5 Art. 791. Suspende-se a execução:
I - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A);
II - nas hipóteses previstas no art. 265, I a III;
III - quando o devedor não possuir bens penhoráveis.
Art. 792. Convindo as partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo credor, para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação.
Parágrafo único. Findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso.

6 Art. 585. […]
§ 1º A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 10.931/04 - EXECUTIVIDADE DO TÍTULO - REVISÃO CONTRATUAL - SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE.[…] O ajuizamento de ação buscando invalidar cláusulas de contrato com eficácia de título executivo não impede que a respectiva ação de execução seja proposta e tenha curso normal, mormente quando o devedor não deposita a parte incontroversa da dívida.
> (TJMG, Agravo de Instrumento 0326881-22.2006.8.13.0024, Rel. Des. Irmar Ferreira Campos, 17ª Câmara Cível, julgamento em 01.11.2006, publicação em 15.11.2006)

> PROCESSUAL CIVIL - AÇÕES DE EXECUÇÃO, EMBARGOS DE DEVEDOR, REVISIONAL DE CONTRATO, CAUTELAR INOMINADA, IMPUGNAÇÃO A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - CÉDULA DE CRÉDITO RURAL PIGNORATÍCIA […] CAUTELAR INOMINADA - SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. […] O processo de execução somente pode ser suspenso se houver ocorrência de uma das hipóteses de que trata o art. 791 do CPC, dentre as quais não está o ajuizamento de ação revisional de contrato, devendo ainda ser considerado o disposto no art. 585, § 1º, do CPC. […]
> (TJMG, Apelação Cível 4905442-17.2000.8.13.0000, Rel. Des. Antônio Sérvulo, 12ª Câmara Cível, julgamento em 16.12.2005, publicação em 11.02.2006)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. CREDOR INVENTARIANTE. CESSIONÁRIO. DIREITOS. SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. ARTIGOS 791 E 792 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. […] As únicas hipóteses de suspensão da ação de execução encontram-se elencadas nos artigos 791 e 792 do Código de Processo Civil, não estando arrolada entre elas o ajuizamento de ação ordinária.
> (TJMG, Agravo de Instrumento 5085874-31.2000.8.13.0000, Rel. Des. Irmar Ferreira Campos, 17ª Câmara Cível, julgamento em 04.08.2005, publicação em 01.09.2005)

Relativamente ao pedido de suspensão dos protestos dos títulos oriundos de crédito rural, verifico que a questão não foi adequadamente examinada no Juízo *a quo*, o que impede o conhecimento dessa parte do Agravo de Instrumento, sob pena de haver indevida supressão de instância.

A propósito do assunto, colaciono os seguintes arestos:

> […] PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA EXECUTADA - PEDIDO NÃO ANALISADO PELO JUÍZO DE ORIGEM - IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO RECURSO

> SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. […] - Em segundo grau de jurisdição, a não ser nos casos de competência originária, descabe a discussão de questões que não tenham sido alvo de apreciação em primeiro grau, sob pena de supressão de instância.
> (TJMG, Agravo de Instrumento 0982308-17.2012.8.13.0000, Rel. Des. Valdez Leite Machado, 14ª Câmara Cível, julgamento em 07.02.2013, publicação em 22.02.2013)
>
> […] PEDIDOS NÃO ANALISADOS PELA INSTÂNCIA *A QUO* - PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO PELA INSTÂNCIA SUPERIOR […] Por força do princípio do duplo grau de jurisdição, é vedado ao órgão *ad quem* examinar pedido que não tenha sido apreciado perante o juízo singular, sob pena de configurar hipótese de supressão de instância. […]
> (TJMG, Agravo de Instrumento 1024480-71.2012.8.13.0000, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª Câmara Cível, julgamento em 29.11.2012, publicação em 11.12.2012)

Diante do exposto, conheço da parte do Agravo de Instrumento que impugnou o indeferimento do pedido de paralisação dos processos de execução em andamento, negando-lhe provimento, ao tempo em que deixo de conhecer da parte do recurso que postulou a suspensão dos protestos dos títulos oriundos de crédito rural, sob pena de haver indevida supressão de instância.

Fortaleza, 10 de fevereiro de 2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 27375-27.2006.8.06.0000/0 DE FORTALEZA
AGRAVANTE: RITA DE CÁSSIA PIMENTA DE PÁDUA PASSARIN
AGRAVADOS: FRANCISCO HERIVALDO ALMEIDA DA SILVEIRA E MARIA DE FÁTIMA DE ARAÚJO SOUSA
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. AUTORIZAÇÃO PARA O LEVANTAMENTO DE DINHEIRO BLOQUEADO, MEDIANTE CAUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER IRREGULARIDADE. CONSTRIÇÃO DE MOTOCICLETA, PARA FINS DE REFORÇO DE PENHORA. AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO DA APONTADA IMPENHORABILIDADE NO JUÍZO *A QUO*. NÃO CONHECIMENTO DESSA PARTE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, SOB PENA DE HAVER INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO APENAS EM PARTE E, NESSA PARTE, IMPROVIDO.

1. É definitiva a execução fundada em título extrajudicial, de modo que a caução era dispensável, mas o Magistrado de 1º Grau, por pura cautela, condicionou a liberação do dinheiro bloqueado à prestação da referida garantia, inexistindo qualquer irregularidade nessa parte da decisão atacada.

2. A alegação da Agravante de que o reforço da penhora recaiu sobre motocicleta que ainda pertence ao espólio do seu falecido marido (não fazendo parte exclusivamente do seu patrimônio) não deve ser examinada, vez que a apontada impenhorabilidade não foi adequadamente arguida e posteriormente decidida no Juízo *a quo*, o que impede o conhecimento dessa parte do Agravo de Instrumento, sob pena de haver indevida supressão de instância.

3. Agravo de Instrumento conhecido apenas em parte e, nessa parte, improvido.

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 conhecer apenas de parte do Agravo de Instrumento, negando-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 11 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

Cogita-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito ativo, manejado por Rita de Cássia Pimenta de Pádua Passarin, adversando a decisão do Juízo da 23ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação de execução de título extrajudicial proposta em seu desfavor por Francisco Herivaldo Almeida da Silveira e Maria de Fátima de Araújo Sousa, autorizou o levantamento de valor bloqueado, mediante caução, e determinou a constrição de motocicleta, para fins de reforço de penhora.

A Agravante aduz, em sinopse, que:

a) o Juiz *a quo* não poderia, nem mesmo mediante a prestação de caução, ter autorizado a retirada da quantia penhorada;

b) a motocicleta objeto do reforço da penhora ainda pertence ao espólio do seu falecido marido (Sr. Leonardo Passarin Filho), pois o instrumento particular de partilha amigável não foi homologado pelo Juízo da 5ª Vara de Sucessões de Fortaleza, de modo que o referido bem móvel, considerando a existência de outros herdeiros, não pertence exclusivamente ao seu patrimônio, fato que impede a sua constrição;

c) os Agravados não agiram com lealdade, estando nítida a litigância de má-fé.

Pugna a Recorrente, enfim, pelo provimento do recurso, com a consequente reforma do *decisum* combatido.

O Magistrado de 1º Grau não prestou informações.

Os Recorridos não apresentaram contrarrazões.

Inicialmente distribuídos à Desa. Lúcia Maria do Nascimento Fiuza Bitu em 14.12.2006 (f. 55), os autos passaram pela relatoria do Des. José Arísio Lopes da Costa e foram a mim redistribuídos em 05.02.2009 (f. 65), por sucessão.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso deve ser conhecido apenas em parte, negando-se-lhe provimento.

A Agravante argumenta que, em consonância com o art. 475-O, III, do CPC[1], a caução somente é cabível no caso de execução provisória de sentença, de forma que o Juiz *a quo* não poderia, nem mesmo mediante o oferecimento da aludida garantida, ter autorizado o levantamento do dinheiro penhorado.

Razão não lhe assiste.

Nos termos do art. 587 do CPC[2], antes e depois da Lei 11.382/2006, é definitiva a execução fundada em título extrajudicial, o que é confirmado pela Súmula 317 do STJ, *in verbis*:

> "É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos".

Dessa forma, por ser definitiva a execução de título extrajudicial, não se faz necessária a prestação de caução para o levantamento de valores penhorados.

Acerca do assunto, colaciono os seguintes julgados:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. LEVANTAMENTO DE VALOR PENHORADO. CAUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE. ALVARÁ EXPEDIDO. DECISÃO MANTIDA. […]
> - Ainda que se reconhecesse eventual empecilho na prestação do bem dado em garantia, necessário destacar, mais uma vez, que a quantia poderia ser levantada, mesmo sem a caução, já que ela não é exigida, em se tratando de execução de título extrajudicial.
> (TJMG, Agravo de Instrumento 0885159-21.2012.8.13.0000, Rel.

1 Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:
[…]
III - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

2 Art. 587. A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo.
Art. 587. É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739). (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Des. Alberto Henrique, 13ª Câmara Cível, julgamento em 13.09.2012, publicação em 19.09.2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - LEVANTAMENTO DE VALOR BLOQUEADO – POSSIBILIDADE. […]
- É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos, a teor do disposto no art. 587 do CPC e da Súmula 317 do STJ. Desta forma, prescindível a exigência de caução para levantamento do valor executado, sendo pertinente o levantamento de valores. […]
(TJMG, Agravo de Instrumento 0840779-10.2012.8.13.0000, Rel. Des. Mota e Silva, 18ª Câmara Cível, julgamento em 28.08.2012, publicação em 31.08.2012)

EXECUÇÃO TÍTULO EXTRAJUDICIAL - LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO EM DINHEIRO - PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO - NÃO EXIGÊNCIA.
- Nos casos de execução definitiva não é necessária a prestação de caução para levantamento dos valores depositados em juízo, mormente quando a parte exequente se revelar capaz de ressarcir o executado em caso de acolhimento dos embargos à execução recebidos apenas no efeito devolutivo.
(TJMG, Agravo de Instrumento 0778715-15.2006.8.13.0342, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, 12ª Câmara Cível, julgamento em 08.10.2008, publicação em 27.10.2008)

AGRAVO DE INSTRUMENTO […] EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - DEFINITIVA - ART. 587 DO CPC - DESNECESSIDADE DE CAUÇÃO. […]
A execução de título extrajudicial é definitiva nos termos do art. 587 do CPC, ainda que os embargos do devedor estejam pendentes de julgamento em Tribunal Superior, não necessitando, assim, de caução para levantamento de valores.
(TJMG, Agravo de Instrumento 7953249-36.2002.8.13.0024, Rel. Des. Valdez Leite Machado, 14ª Câmara Cível, julgamento em 11.09.2008, publicação em 17.10.2008)

TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXECUÇÃO DEFINITIVA. LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO EM DINHEIRO. CAUÇÃO. DESNECESSIDADE. […]
A execução fundada em título extrajudicial é definitiva, ainda que pendente de julgamento os embargos opostos, conforme o disposto no art. 587 do CPC e na Súmula 317 do STJ, sendo desnecessária a prestação de caução para o levantamento dos valores penhorados. […] (TJMG, Agravo de Instrumento 0084100-58.2007.8.13.0080, Rel. Des. Duarte de Paula, 11ª Câmara Cível, julgamento em 13.08.2008, publicação em 30.08.2008)
Agravo de instrumento. Execução título extrajudicial. Caráter definitivo. Levantamento depósito judicial. Possibilidade. Em sendo definitiva a Execução por Título Extrajudicial, ainda que pendente de julgamento, os

> Embargos opostos, conforme o disposto no art. 587 do CPC e na Súmula n.º 317 do STJ, não há como obstar a pretensão do Agravante de levantamento do valor depositado em juízo sem a prestação de caução, já que esta somente poderá ser exigida, nos casos de execução provisória. Inteligência do art. 475-O, III do CPC, acrescido pela Lei n.º11.232 de 22/11/2005.
> (TJMG, Agravo de Instrumento 0060391-66.2002.8.13.0145, Rel. Des. Wagner Wilson, 15ª Câmara Cível, julgamento em 12.04.2007, publicação em 28.05.2007)

Assim sendo, por ser definitiva a execução de título extrajudicial, a caução era dispensável, mas o Magistrado de 1º Grau, por pura cautela, condicionou a liberação do dinheiro bloqueado à prestação da citada garantia, inexistindo qualquer irregularidade nessa parte da decisão atacada.

De mais a mais, alega a Recorrente que o reforço da penhora recaiu sobre motocicleta que ainda pertence ao espólio do seu falecido marido (não fazendo parte exclusivamente do seu patrimônio), estando evidente, portanto, a impenhorabilidade do mencionado bem.

A matéria não deve ser examinada, vez que a apontada impenhorabilidade não foi adequadamente arguida e posteriormente decidida no Juízo *a quo*, o que impede o conhecimento dessa parte do Agravo de Instrumento, sob pena de haver indevida supressão de instância.

Sobre o tema, trago à baila os seguintes arestos:

> […] PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA EXECUTADA - PEDIDO NÃO ANALISADO PELO JUÍZO DE ORIGEM - IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO RECURSO SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. […] - Em segundo grau de jurisdição, a não ser nos casos de competência originária, descabe a discussão de questões que não tenham sido alvo de apreciação em primeiro grau, sob pena de supressão de instância.
> (TJMG, Agravo de Instrumento 0982308-17.2012.8.13.0000, Rel. Des. Valdez Leite Machado, 14ª Câmara Cível, julgamento em 07.02.2013, publicação em 22.02.2013)

> […] PEDIDOS NÃO ANALISADOS PELA INSTÂNCIA *A QUO* - PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO PELA INSTÂNCIA SUPERIOR […] Por força do princípio do duplo grau de jurisdição, é vedado ao órgão *ad quem* examinar pedido que não tenha sido apreciado perante o juízo singular, sob pena de configurar hipótese de supressão de instância. […]
> (TJMG, Agravo de Instrumento 1024480-71.2012.8.13.0000, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª Câmara Cível, julgamento em 29.11.2012, publicação em 11.12.2012)

Por fim, entendo que não houve a prática de litigância de má-fé por parte dos Agravados, vez que eles buscaram obter licitamente o que lhes parece de direito.

Diante do exposto, conheço da parte do Agravo de Instrumento que impugnou a autorização para o levantamento dos valores bloqueados, negando-lhe provimento, ao tempo em que deixo de conhecer da parte do recurso que atacou a determinação de constrição de motocicleta, para fins de reforço de penhora, sob pena de haver indevida supressão de instância.

Fortaleza, 11 de novembro de 2013.

Mandado de Injunção

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 0006267-63.2011.8.06.0000
IMPETRANTE: FRANCISCO MARTINS DE ATAÍDE
IMPETRADO: GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ
ÓRGÃO JULGADOR: ÓRGÃO ESPECIAL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 40, § 4º, DA CF/88 E ART. 168, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. AUSÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA. OMISSÃO LEGISLATIVA. INVIABILIDADE DO EXERCÍCIO DE DIREITOS E LIBERDADES CONSTITUCIONAIS OU DAS PRERROGATIVAS INERENTES À NACIONALIDADE, SOBERANIA E CIDADANIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. COMPETÊNCIA SUPLETIVA. COMPETÊNCIA PLENA. ART. 24, XII E §§ 1º, 2º E 3º DA CF/88. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DO ART. 57 DA LEI N. 8.213/91. PRECEDENTES DO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1 – A competência legislativa sobre previdência social é concorrente (art. 24, inciso XII, CF). A competência da União limita-se ao estabelecimento de normas gerais, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal estabelecer normas suplementares, adequadas às peculiaridades locais ou regionais e ao cumprimento de interesses públicos específicos. O constituinte originário previu que os entes federados teriam competência legislativa plena, ante a inércia dos órgãos legiferantes federais.

2 – É da competência privativa do Chefe do Executivo estadual a iniciativa de leis referentes aos servidores públicos do Estado do Ceará, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria, consoante preleciona o art. 60, §2º, alínea "b", da Constituição Estadual do Ceará.

3 – Consolidou-se na jurisprudência a orientação de que a omissão legislativa que impede o exercício do direito de aposentadoria especial do servidor público que exerce atividades penosas, insalubres ou perigosas deve ser suprida mediante a aplicação analógica do art. 57 da Lei n. 8.213/91, que rege a aposentadoria especial concedida aos trabalhadores submetidos ao regime geral da previdência social, e correspondente regulamento.
4 – Preliminar rejeitada. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança em que são partes, as acima indicadas, ACORDA o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará à unanimidade de votos, em AFASTAR A PRELIMINAR e CONCEDER A ORDEM pleiteada, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Cuida-se de Mandado de Injunção impetrado por FRANCISCO MARTINS DE ATAÍDE contra ato reputado omissivo atribuído ao GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ, em vista da inércia legislativa que garantiria ao impetrante o direito à aposentadoria especial de que cogita o art. 40, § 4º, da Constituição Federal e o art. 168, § 1º, da Constituição do Estado do Ceará.

O impetrante é servidor público estadual, lotado na Fundação Cearense de Meteorologia e Recursos Hídricos desde 01/04/1985, exercendo cargo de técnico mecânico de aeronave, atividade nociva à saúde e à integridade física. Relata que, em 20/08/2008, requereu a sua aposentadoria, a qual foi negada sob o fundamento de inexistência da lei complementar relativa à questão.

Nas razões do pedido mandamental veiculado nos autos, o impetrante alega ser o Governador do Estado parte legítima para figurar no polo passivo do presente *writ,* em vista da competência concorrente reconhecida pelo art. 24, XII, da CF; e, havendo inexistência de Lei Complementar Nacional que defina as normas gerais para a aposentadoria especial dos servidores públicos, sobressai plena a competência do Estado do Ceará para legislar sobre o tema (art. 24, §3º, da CF), editando norma compatível com suas particularidades.

Sustenta o impetrante que a supressão, de forma concreta, pelo Poder Judiciário da referida omissão legislativa, deve se dar através da aplicação, por analogia, do art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91, que rege a aposentadoria especial para os trabalhadores do setor privado, na esteira do que tem decidido o STF. Assevera, outrossim, que cabe ao Judiciário determinar o *modus faciendi* para que o impetrante não fique impedido de exercer seu direito garantido constitucionalmente.

Informações do GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ, às fls. 70/80, alegando sua ilegitimidade passiva, em vista da competência do Poder Legislativo Federal para editar a referida Lei Complementar, e a impossibilidade de aplicação da norma prevista para o Regime Geral de Previdência Social, vez que este estabelece como condição para o recebimento de aposentadoria especial apenas o tempo de contribuição para o INSS, não sendo necessário idade mínima, como o é para os servidores públicos.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 82/87, opinando pela improcedência do presente mandado de injunção.

É o relatório.

Sem revisão, inclua-se em pauta para julgamento, § 3º, art. 34, RITJCE.

VOTO

A existência de disposições constitucionais dependentes de regulamentação levou o constituinte de 1988 a prever, no art. 5º, LXXI, da Carta Maior, o Mandado de Injunção, cuja finalidade é garantir direito de indivíduo prejudicado por omissão de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e garantias constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, *ipsis litteris:*

> Art. 5º. (...)
> LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Portanto, o mandado de injunção pode ser definido como meio de se assegurar o exercício de um direito declarado pela Constituição, mas que não é efetivamente usufruído, posto que ainda pendente de norma infraconstitucional regulamentadora. O detentor do direito assegurado poderá postular em juízo a edição de norma regulamentadora que ainda não fora criada pelo órgão competente.

José Afonso da Silva (*In* Curso de direito constitucional positivo. 31ª Ed – São Paulo: Malheiros, 2008. , 2008, p. 448) conceitua o mandado de injunção considerando que este se presta a obter diretamente a fruição do direito estorvado:

> "Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação".

In casu, o impetrante objetiva o pleno exercício de seu direito à aposentadoria especial previsto no art. 40, § 4º, da Constituição Federal e o art. 168, § 1º, da Constituição do Estado do Ceará, pugnando pela supressão, de forma concreta, pelo Poder Judiciário através da aplicação, por analogia, do art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91, que rege a aposentadoria especial para os trabalhadores do setor privado.

PRELIMINAR

Em suas informações, o Governador do Estado do Ceará alega sua ilegitimidade passiva *ad causam*, sustentando que o direito questionado diz respeito à concessão de aposentadoria especial ao impetrante, cujo exercício está condicionado aos termos de lei complementar federal, da competência do Poder Legislativo Federal.

No presente caso, a Constituição do Estado do Ceará estabelece, em seu art. 168, §1º, que a regulamentação da aposentadoria especial dar-se-á *"na forma do que a dispuser a Legislação Federal"*, no entanto, na ausência de norma geral editada pelo Congresso Nacional, subsiste a competência concorrente dos demais entes federados para atender as suas peculiaridades.

Segundo dispõe o artigo 24, inciso XII e §1º da Constituição Federal de 1988, caberá às leis complementares federais dispor sobre normas gerais, e conforme dita o artigo 24, inciso XII e §2º da CR/1988, caberá às leis estaduais dispor sobre as normas suplementares, acerca da aposentadoria especial dos servidores, *in verbis:*

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
> (...)
> XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;
> (…)
> § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

> § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
> § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
> § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. (Grifamos)

Desta feita, cabe às leis complementares dos Estados disporem plenamente sobre esta espécie de aposentadoria diante da inexistência de lei complementar federal, nos termos do supramencionado artigo 24, inciso XII e §3º da CF/88, e, neste caso, a superveniência de lei complementar federal sobre normas gerais acerca da matéria suspenderá a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Ademais, compete privativamente ao Governador a iniciativa de leis referentes aos servidores públicos do Estado do Ceará, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria, consoante preleciona o art. 60, §2º, alínea "b", da Constituição Estadual do Ceará:

> Art. 60. Cabe a iniciativa de leis:
> (...)
> §2º São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:
> (...)
> b) servidores públicos da administração direta, autárquica e fundacional, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis e militares, seu regime jurídico, ingresso, limites de idade, estabilidade, direitos e deveres, reforma e transferência de policiais militares e de bombeiros militares para a inatividade; (Grifamos)

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados de Tribunais de Justiça pátrio:

> CONSELHO ESPECIAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. FISCAL DE ATIVIDADES URBANAS. A**POSENTADORIA ESPECIAL. ART. 41, § 1º, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. ATIVIDADE PENOSA, INSALUBRE OU PERIGOSA. AUSÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA. OMISSÃO LEGISLATIVA. INVIABILIDADE DO EXERCÍCIO DE DIREITOS E LIBERDADES CONSTITUCIONAIS OU DAS PRERROGATIVAS INERENTES À NACIONALIDADE, SOBERANIA E CIDADANIA. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. COMPETÊNCIA SUPLETIVA. COMPETÊNCIA PLENA**. TEORIA CONCRETISTA. REQUISITOS OBJETIVOS. ART. 57 DA LEI N. 8.213/91. DECRETO N. 22.362/01. LIMITES DA DECISÃO JUDICIAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO.

1. A FALTA DE LEI COMPLEMENTAR DE COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO IMPEDE QUE AQUELES SERVIDORES SUJEITOS A ATIVIDADES PENOSAS, INSALUBRES OU PERIGOSAS SEJAM APOSENTADOS SEGUNDO CRITÉRIOS DIFERENCIADOS, CONSOANTE PREVISTO NO ART. 41, § 1º, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. 2. **A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SOBRE PREVIDÊNCIA SOCIAL É CONCORRENTE (ART. 24, INCISO XII, CF). A COMPETÊNCIA DA UNIÃO LIMITA-SE AO ESTABELECIMENTO DE NORMAS GERAIS, CABENDO AOS ESTADOS E AO DISTRITO FEDERAL ESTABELECER NORMAS SUPLEMENTARES, ADEQUADAS ÀS PECULIARIDADES LOCAIS OU REGIONAIS E AO CUMPRIMENTO DE INTERESSES PÚBLICOS ESPECÍFICOS. O CONSTITUINTE ORIGINÁRIO PREVIU QUE OS ENTES FEDERADOS TERIAM COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PLENA, ANTE A INÉRCIA DOS ÓRGÃOS LEGIFERANTES FEDERAIS**. 3. CONSOLIDOU-SE NA JURISPRUDÊNCIA A ORIENTAÇÃO DE QUE A OMISSÃO LEGISLATIVA QUE IMPEDE O EXERCÍCIO DO DIREITO DE APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO QUE EXERCE ATIVIDADES PENOSAS, INSALUBRES OU PERIGOSAS DEVE SER SUPRIDA MEDIANTE A APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI N. 8.213/91, QUE REGE A APOSENTADORIA ESPECIAL CONCEDIDA AOS TRABALHADORES SUBMETIDOS AO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, E CORRESPONDENTE REGULAMENTO. 4. AS ATIVIDADES PENOSAS, INSALUBRES OU PERIGOSAS, PARA EFEITOS DE APOSENTADORIA ESPECIAL, SERÃO EQUIPARADAS ÀQUELAS DEFINIDAS, NO ÂMBITO DO DISTRITO FEDERAL, PELO DECRETO N. 22.362/01 E LEGISLAÇÃO CORRELATA, QUE REGULAMENTA O DIREITO DOS SERVIDORES PÚBLICOS AOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. 5. NÃO COMPETE AO PODER JUDICIÁRIO ANALISAR A SITUAÇÃO FÁTICA DO SERVIDOR PÚBLICO PARA CONCLUIR PELO DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL, AO QUAL SOMENTE FARÁ JUS APÓS CUMPRIR AS EXIGÊNCIAS APLICÁVEIS, VERIFICADAS POR MEIO DO COMPETENTE PROCESSO ADMINISTRATIVO. 6. PRELIMINAR REJEITADA. ORDEM CONCEDIDA.
(TJ-DF - MDI: 109184820108070000 DF 0010918-48.2010.807.0000, Rel. Des. JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA, Conselho Especial, 16/03/2011)

MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA ESPECIAL. LEI 8.213/91.
1. **NA AUSÊNCIA DE NORMA GERAL EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL (LODF, 41 § 1º) DETÊM OS ENTES FEDERADOS COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PLENA (CF 24, XII §§ 1º E 3º).** 2. **COMPETE PRIVATIVAMENTE AO GOVERNADOR A INICIATIVA DE LEIS REFERENTES AOS SERVIDORES PÚBLICOS DO DISTRITO FEDERAL, SEU REGIME JURÍDICO, PROVIMENTO DE CARGOS, ESTABILIDADE E APOSENTADORIA**. 3. CONFIGURADA A MORA, CONCEDE-SE A

> ORDEM PARA QUE A ADMINISTRAÇÃO EXAMINE O DIREITO DA IMPETRANTE EM CONFORMIDADE COM A LEI 8.213/91, ART. 57. (TJ-DF - MDI: 20130020048275 DF 20130020048275, 30/07/2013)
>
> Mandado de injunção - Servidores Públicos Municipais, representados por seu órgão de ciasse - Aposentadoria especial aos servidores que exerçam atividade penosa, insalubre ou perigosa, ou que de alguma forma prejudiquem a saúde ou a integridade física (art. 40, § 4º,CF e art. 126, § 4º, n. III, CE) - Ilegitimidade passiva do Prefeito afastada - **Competência legislativa concorrente para edição de normas sobre previdência social - Ausente norma de caráter geral expedida pela União haverá competência plena do Chefe do Executivo local para a propositura de lei** - Omissão legislativa atribuível somente às pessoas políticas - Denunciação da lide ao Instituto de Previdência rejeitada - Ausência de lei complementar local regulamentadora do direito constitucionalmente previsto - Aplicação analógica do art. 57 da Lei nº 8.213/91 - Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte - Ordem concedida.
> (TJ-SP - MI: 1615745220118260000 SP 0161574-52.2011.8.26.0000, Rel. Des. Corrêa Vianna, 2ª Câmara de Direito Público, 11/09/2012)

Rejeito, portanto, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* alegada pela autoridade impetrada.

MÉRITO

No que tange ao mérito do presente Mandado de Injunção, requer o impetrante a supressão da inércia legislativa, garantindo-lhe o direito à aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º, da CF e o art. 168, § 1º, da Constituição do Estado do Ceará, em virtude de atividade nociva à saúde e à integridade física exercida nos quadros da Fundação Cearense de Meteorologia e Recursos Hídricos desde 01/04/1985.

Requer, nesse ínterim, a aplicação, por analogia, do art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91, que rege a aposentadoria especial para os trabalhadores do setor privado, para sanar a referida omissão.

Assiste razão ao impetrante pelas razões a seguir expostas.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, por meio do julgamento do Mandado de Injunção nº 721/DF, que *"inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91"*.

O Ministro Gilmar Mendes destacou que o "crescimento exponencial de mandados de injunção sobre a matéria no Tribunal ensejou inclusive a autorização em Plenário para que os ministros decidam monocrática e definitivamente os casos idênticos".

Assim, Gilmar Mendes propôs o enunciado de súmula vinculante, "considerando que não há tentativas em suprir a omissão constitucional reiteradamente reconhecida por este Tribunal" e que o STF, conforme o artigo 103-A da CR/1988 e o artigo 2º da Lei 11.417/06, pode editar de ofício enunciado de súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, federal, estadual e municipal.

Hoje, trata-se do projeto, ainda em andamento, de Súmula Vinculante – PSV nº 45, tendo as citadas decisões como precedentes. Tal proposta foi apresentada pelo então presidente da Corte, com a sugestão do seguinte texto:

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

Com a Emenda Constitucional nº 20/98, que veda qualquer outra adoção de requisitos e critérios para concessão de aposentadoria, manteve-se a exceção com relação à aposentadoria especial, instituto este que ainda se submeterá aos artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91 até que seja editada Lei complementar definindo essas atividades:

> "Art. 15. Até que a Lei complementar a que se refere o art. 201, § 1°, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei n° 8.213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda."

E, sendo patente a omissão de Lei Complementar Federal que regulamente a aposentadoria especial do servidor público vinculado ao Regime Próprio de Previdência Social, nos moldes exigidos pela redação do §4º do artigo 40 da CF/88, restou ao impetrante acionar o Judiciário, buscando obter a garantia de aposentadoria especial.

Em mandados de injunção tratando de situações análogas à do caso dos autos apreciadas pela Corte Constitucional e pelos Tribunais pátrios, consolidou-se a orientação de que a omissão legislativa que impede o exercício do direito de aposentadoria especial do servidor público que exerce atividades penosas, insalubres ou perigosas deve ser suprida mediante a aplicação analógica da Lei n. 8.213/91, que rege a aposentadoria especial concedida aos trabalhadores submetidos ao o regime geral da previdência social, e correspondente regulamento (art. 68 do Decreto n. 3.048/99).

O Supremo Tribunal Federal, julgou diversos Mandados de Injunção, reconhecendo o direito à aposentadoria especial nas atividades perigosas, que

comprometam a saúde e a integridade de servidores públicos, cujas ementas das decisões ora se transcrevem, a saber:

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

> MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. **APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.**
> (MI 758/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, 26/09/2008)

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE INJUNÇÃO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. **APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DO ESTADO-MEMBRO OU INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA COM A AUTORIDADE COMPETENTE PARA A ELABORAÇÃO DA NORMA REGULADORA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL CORRENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELO RECONHECIMENTO DA OMISSÃO DO LEGISLADOR NA CONCRETIZAÇÃO DO ART.**

40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICABILIDADE DO ART. 57 DA LEI FEDERAL Nº 8.213/91 ATÉ QUE SOBREVENHAM AS LEIS COMPLEMENTARES QUE REGULAMENTEM O CITADO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. (...)
1. Os embargos de declaração opostos objetivando a reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.2011). 2. **A aposentadoria especial de servidor público cujas atividades sejam exercidas sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física é assegurada mediante o preenchimento dos requisitos do art. 57 da Lei Federal nº 8.213/91, até que seja editada a lei complementar exigida pelo art. 40, § 4º, II, da Constituição Federal. Precedentes do STF: MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30/11/2007; MI 795/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe. 22/5/2009 e ARE 727.541-AgR/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 24/4/2013.** (...) 5. Agravo regimental improvido. (MI 4460 ED, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO INTERPOSTO PELO ENTE FEDERADO RESPONSÁVEL PELO CUSTEIO DO BENEFÍCIO PLEITEADO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO. APLICABILIDADE DO ART. 57 DA LEI FEDERAL Nº 8.213/91 ATÉ QUE SOBREVENHAM AS LEIS COMPLEMENTARES QUE REGULAMENTEM O ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES DO STF. PERMANÊNCIA DO DEVER DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMPETENTE PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA DE VERIFICAR O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS NO CASO CONCRETO.
1. O ente federado incumbido do custeio de benefício previdenciário é legitimado para a interposição de agravo regimental da decisão monocrática que, em mandado de injunção, supre a omissão legislativa para permitir a respectiva fruição, ainda que não tenha sido parte originária no processo. 2. **A aposentadoria especial de servidor público cujas atividades sejam exercidas sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física, é assegurada mediante o preenchimento dos requisitos do art. 57 da Lei Federal nº 8.213/91, até que editada a lei complementar exigida pelo art. 40, § 4º, II, da Constituição Federal. Precedentes do STF.**
3. Compete ao ente federado a que se vincula o servidor cobrir eventual insuficiência financeira decorrente do pagamento de benefícios previstos nos regimes próprios de previdência dos servidores públicos, lógica que se aplica ao custeio das aposentadorias especiais, afastando-se a incidência do art. 195, § 5º, da Constituição Federal. 4. A decisão concessiva da injunção não exime a autoridade administrativa competente de verificar,

> no caso concreto, o preenchimento dos requisitos legais para a concessão da aposentadoria especial. 5. Agravo regimental conhecido e desprovido. (MI 1271 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, 21/11/2013)
>
> MANDADO DE INJUNÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICAÇÃO DAS NORMAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. AGRAVOS DESPROVIDOS.
> 1. **Segundo a jurisprudência do STF, a omissão legislativa na regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição, deve ser suprida mediante a aplicação das normas do Regime Geral de Previdência Social previstas na Lei 8.213/91 e no Decreto 3.048/99.** (...) 2. Agravos regimentais desprovidos. (MI 930 AgR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, 07/11/2013)

Assim, o STF reconhece a possibilidade de aplicação, no que couber, do §1º, do artigo 57, da Lei 8.213/91 para a concessão de aposentadoria especial a servidores públicos, em vista da omissão de disciplina específica exigida pelo §4º, do artigo 40, da CF/88, na redação dada pela Emenda Constitucional 47/2005.

Nesse sentido, colaciono os seguintes arestos desta Corte de Justiça em casos análogos:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. MUDANÇA DE REGIME CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. CONTAGEM ESPECIAL DO TEMPO DE SERVIÇO DE ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. **MORA DO LEGISLADOR RECONHECIDA PELO STF. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DO ART. 57, §1º, DA LEI 8.213/91**. SENTENÇA MANTIDA.
> 1. O servidor público que desempenha atividade em condições insalubres antes da instituição do Regime Jurídico Único, ou seja, ainda sob a égide da CLT, possui direito adquirido à contagem diferenciada do tempo de serviço no período para fins de aposentadoria. 2. Após a mudança de regime de celetista para estatutário, **inexistindo a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. Precedentes STF, STJ e TJ/CE.** 3. **A omissão legislativa não pode justificar a perpetuação de uma injustiça social perante um trabalhador que, depois de ter desempenhado funções essenciais à administração pública, inclusive se submetendo aos riscos da profissão e do local de trabalho, não poderia usufruir do direito da contagem especial para fins de aposentadoria.** Reexame Necessário e Apelação Cível conhecidos, mas desprovidos. Sentença mantida. [Visualizar Ementa Completa]
> (Apelação/Reexame Necessário 70046004200080600011, Rel. Des. MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ, 6ª Câmara Cível, 05/03/2013)

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ATIVIDADE INSALUBRE. MUDANÇA DE REGIME DE CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. CONTAGEM ESPECIAL DE TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO ADQUIRIDO TOCANTE AO PERÍODO CELETISTA. PERÍODO ESTATUTÁRIO. **INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 57, DA LEI 8.213/91.** REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. A questão de mérito em apreço está centrado na existência ou não de controle jurisdicional dos atos administrativos emanados pelo Tribunal de Contas e, posteriormente, se é possível a concessão de aposentadoria especial para servidores públicos estatutários. 2. Servidor celetista que labora em condições de insalubridade tem direito adquirido à contagem de tempo especial, na forma prevista na legislação da época do exercício das referidas atividades. Direito incorporado ao patrimônio. Precedentes. 3. No tocante ao período posterior à criação do Regime Jurídico Único, passando o servidor de celetista a estatutário, a despeito da inexistência de norma regulamentadora da aposentadoria especial do servidor, nos moldes requeridos pela Constituição Federal de 1988, impõe-se a adoção, por via judicial, daquela própria dos trabalhadores em geral - artigo 57, da Lei 8.213/91. Precedentes. 4. Reexame necessário e apelação cível conhecidos e desprovidos, a fim de manter incólume a sentença vergastada.

(Apelação/Reexame Necessário 65323063200080600011, Rel. Des. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE, 1ª Câmara Cível, 22/02/2013)

ADMINISTRATIVO. SERVIDORES MUNICIPAIS. ATIVIDADE INSALUBRE. MUDANÇA DE REGIME DE CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. CONTAGEM ESPECIAL DE TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO ADQUIRIDO TOCANTE AO PERÍODO CELETISTA. **PERÍODO ESTATUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 57, § 1º, DA LEI 8.213/91.**

1.O direito à contagem especial do tempo de serviço prestado sob condições insalubres pelo agente público celetista, à época em que a legislação então vigente permitia tal benesse, incorporou-se ao seu patrimônio jurídico. Precedentes. 2.**Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria dos trabalhadores em geral - artigo 57. § 1º, da Lei 8.213/91.** 3.Reexame necessário e apelação cível conhecidos e desprovidos

(Apelação/Reexame Necessário 71176497200080600011,Rel. Des. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA, 6ª Câmara Cível, 06/06/2011)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS - TRABALHO EM CONDIÇÕES DE INSALUBRIDADE/ PERICULOSIDADE - CRITÉRIO DIFERENCIADO DE CONTAGEM

> DO PRAZO PARA A APOSENTADORIA - REGIME CELETISTA ANTERIOR - PERÍODO POSTERIOR À INSTITUIÇÃO DO REGIME JURÍDICO ÚNICO - INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA, REGULADORA - ADOÇÃO DAS NORMAS APLICÁVEIS AOS TRABALHADORES EM GERAL - APELAÇÃO PROVIDA.
> 1 - O servidor público, cuja relação laboral era regida pelo sistema celetista, tem direito adquirido à contagem do tempo funcional, prestado em condições de insalubridade/periculosidade, para fim de aposentadoria, conforme pacífica orientação do STF, STJ e TJCE; 2 - **A não existência de regramento específico para a concessão de aposentadoria especial do servidor público, que trabalha em meio insalubre, não impede a aplicação das normas usadas para os trabalhadores em geral: art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/1991, e art. 62, do decreto nº 611/1992;** 3 - Apelação provida.
> (Apelação 73577848200080600011, Rel. Des. FRANCISCO GURGEL HOLANDA, 5ª Câmara Cível, 18/08/2010)

O referido art. 57 da Lei 8.213/91 estabelece os requisitos objetivos para a concessão da aposentadoria, tais como o tempo de serviço e o modo de sua contagem:

> Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.
> § 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.
> § 2º. A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.
> § 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.
> § 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.
> § 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.
> § 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove

> ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.
> § 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no caput.
> § 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.

A decisão aqui exarada se trata de provimento jurisdicional de efeitos *inter partes*, cuja integração normativa que ora se apresenta apenas soluciona a lacuna legislativa identificada e torna viável o pleito relativo à aposentadoria especial, mediante a aplicação analógica da lei de regência direcionada aos trabalhadores submetidos ao regime geral da previdência social, que define os parâmetros a serem observados pela administração pública do Estado do Ceará para o exame do direito pretensamente titularizado pelo impetrante.

Não compete a esta Corte, no entanto, analisar a situação fática do servidor público para concluir pelo direito à aposentadoria especial, ao qual somente fará jus após cumprir as exigências aplicáveis, verificadas por meio do competente processo administrativo.

O deferimento da aposentadoria especial ao impetrante depende de prova do preenchimento dos requisitos legais, não havendo, nos autos, elementos suficientes para aferir se o impetrante os reúne.

Agir de modo diverso significaria usurpar a função precípua do Poder Executivo, consubstanciada na edição dos atos administrativos de sua competência, hipótese esta repudiada pelo Direito e que fere o princípio republicano.

Dessa forma, não se declara, nesse julgamento, o direito à imediata aposentadoria do impetrante, pois a concessão efetiva do benefício depende do atendimento aos requisitos legais pertinentes, cuja apreciação resta inviável ao Poder Judiciário pela via do presente mandamus, e cabe à administração pública, após instaurado o processo administrativo.

Neste sentido, é o aresto do Supremo Tribunal Federal:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE INJUNÇÃO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICAÇÃO DO ART. 57 DA LEI N. 8.213/1991. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.*

> **1. A autoridade administrativa responsável pelo exame do pedido de aposentadoria é competente para aferir, no caso concreto, o preenchimento de todos os requisitos para a aposentação previstos no ordenamento jurídico vigente**. *2. Agravo regimental ao qual se nega provimento.*
> *(MI 1286 ED, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, 19/02/2010)*

Assim sendo, não reunidos os requisitos legais pelo impetrante e sobrevindo a necessária lei complementar, contendo regulamento do disposto no art. 40, § 4º, da CF/88 e no art. 168, § 1º, da Constituição do Estado do Ceará, o provimento do presente mandado de injunção não substituirá a necessidade de que o servidor atenda aos requisitos impostos pela legislação de regência para a concessão do seu direito à aposentadoria especial, entendida como aquela vigente ao tempo em que o servidor adquire as condições para o exercício de seu direito.

Diante do exposto, REJEITO A PRELIMINAR E CONCEDO A ORDEM para, reconhecendo a mora do legislador ordinário quanto ao dever de regulamentar o art. 40, § 4º, da CF/88 e o art. 168, § 1º, da Constituição do Estado do Ceará, atribuir efetividade à norma de eficácia limitada e assegurar ao impetrante o direito de aplicação do art. 57 da Lei n. 8.213/91 e correspondente regulamento ao pedido de aposentadoria especial, a ser oportunamente deduzido na via administrativa.

É como voto.

Fortaleza, 23 de janeiro de 2014.

Processo Administrativo

RECURSO ADMINISTRATIVO: 70297-73.2012.8.06.0000/0
RECORRENTE: BIANCA SARQUIS MELO AMORIM TAVARES
ÓRGÃO JULGADOR: ÓRGÃO ESPECIAL
RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES

EMENTA:

I - Reside a controvérsia apresentada na análise do motivo apresentado pela servidora para justificar o protocolo extemporâneo da petição indicativa de sua opção pelo enquadramento no novo Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos Servidores do Poder Judiciário, assim como no exame minucioso da natureza do prazo previsto para exercício da livre escolha a que se referia a Lei nº 14.982/2011.

II - A motivação declinada pela parte possui aptidão para caracterizar o instituto da justa causa para que não se extinga o direito dela praticar o ato. Dispõe o art. 183 do Código de Processo Civil, analogicamente adotado nesta situação, vez que inexistente no diploma legal específico, Lei Estadual nº 14.982/2011, dispositivo que cuide dessa matéria, pelo que se adotam as disposições referentes à sistemática processual geral, notadamente as de que não se extingue o direito de praticar atos quando a parte provar que não o realizou por justa causa.

III - Moléstia grave de parente próximo possuir o condão de mitigar a rigidez processual caracterizando a justa causa, afastando-se, por conseguinte, a preclusão.

IV - Do exame minucioso da natureza do prazo previsto para exercício da livre escolha a que se referia a Lei nº 14.982/2011, infere-se que o tempo determinado para a execução do ato caracteriza lapso temporal destinado unicamente ao servidor para o exercício de um direito potestativo seu, sem engendrar direito subjetivo a nenhuma outra parte, pelo que não se pode atribuir natureza adversarial a esse período de tempo.

V - No caso tablado não se chegou nem mesmo a desrespeitar uma regra ou a deixar de se a aplicar, mas sim a se colmatar a lacuna da Lei Estadual nº 14.982/2011 pela aplicação

analógica e subsidiária do *caput* do art. 183 do Código de Processo Civil, recaindo a parcialidade positiva do juiz e sua valoração axiológica apenas sobre a motivação declinada pela servidora no que tange à sua configuração como justa causa excepcionadora do prazo destacado no diploma legal do ente federado. Pela atuação ativa dos magistrados desta Corte é que a difícil conjugação entre segurança jurídica e justiça, neste caso, restou obtida, consagrando-se o dever do julgador de se pautar num "sistema que deve respeitar os grandes valores e os grandes princípios nos quais as normas devam inspirar-se".

VI - O que se fez, portanto, foi verificar qual norma que incidiria sobre o caso, o que somente pode ser obtido mediante um processo interpretativo que considere elementos variados para a obtenção da norma específica para o caso apresentado ao magistrado.

VII - Não se excepcionou e nem se deixou de aplicar o dispositivo contido no art. 45 da Lei Estadual nº 14.786, de 13 de agosto de 2010, mas se colmatou uma lacuna referente às situações em que as partes não puderem, por justa causa, atentar ao prazo nela estipulado, pelo que subsiste a possibilidade de regular processamento da postulação autoral na seara administrativa. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO**.**

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por maioria de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso administrativo em que figura como parte a servidora acima nominada, nos termos do voto vencedor do Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes, relator para Acórdão. Vencido o Excelentíssimo Des. Francisco Suenon Bastos Mota.

Fortaleza, 11 de abril de 2013.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de pretensão de exercício de opção pelo enquadramento no novo Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos Servidores do Poder Judiciário previsto na Lei nº 14.982/2011, bem como da reconsideração do Parecer prolatado pela Consultoria e acatado pela Presidência desta Corte, deduzida pela servidora Bianca Sarquis Melo Amorim Tavares, Analista Judiciária Adjunto, matrícula 23699.1/5.

A postulação se fundou na excepcionalidade da situação que ensejou a extemporaneidade do protocolo referente à opção pelo novo plano para um dia após o termo final estipulado, qual seja a necessidade de acompanhamento, desde 2010, do seu sogro, enfermo de neoplasia grave, a qual se agravou no período de entrega do termo de adesão. Por final, aduziu a inexistência de prejuízo à Administração Pública pelo exercício da opção que veio um dia após o tempo previsto.

Eis o relato.

VOTO

A controvérsia apresentada reside na análise do motivo apresentado pela servidora para justificar o protocolo extemporâneo da petição indicativa de sua opção, assim como no exame minucioso da natureza do prazo previsto para exercício da livre escolha a que se referia a Lei nº 14.982/2011.

Primeiramente consigno que a motivação declinada pela parte possui aptidão para caracterizar o instituto da justa causa para que não se extinga o direito dela praticar o ato. Dispõe o art. 183 do Código de Processo Civil, analogicamente adotado nesta situação, vez que inexistente no diploma legal específico, Lei Estadual nº 14.982/2011, dispositivo que cuide dessa matéria, pelo que se adotam as disposições referentes à sistemática processual geral, notadamente as de que não se extingue o direito de praticar atos quando a parte provar que não o realizou por justa causa.

Anote-se que a moléstia grave, comprovada por minucioso e circunstanciado atestado médico configura a prefalada justa causa ensejadora da dilação de prazo. Nesse passo, a moléstia grave de parente próximo também nos parece possuir o condão de igualmente mitigar a rigidez processual, afastando-se, por conseguinte, a preclusão. Veja-se a lição de Nelson Nery:

> Moléstia grave. Comprovada por minucioso e circunstanciado atestado médico, a moléstia grave caracteriza a justa causa impeditiva do oferecimento de contestação, devendo o juiz fixar novo prazo para o réu (KM 61/56).

> (NERY JÚNIOR, Nelson, Código de Processo Civil Comentado. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 540).

Por segundo, do exame minucioso da natureza do prazo previsto para exercício da livre escolha a que se referia a Lei nº 14.982/2011, infere-se que o tempo determinado para a execução caracteriza unicamente um lapso temporal destinado ao servidor para o exercício de um direito potestativo seu, sem engendrar direito subjetivo a nenhuma outra parte, pelo que não se atribui natureza adversarial a esse período de tempo.

Nesse passo, além de ausente a adversarialidade e presente a potestividade do direito do autor, soma-se a inexistência de qualquer dano ao Estado, o único possivelmente interessado na disposição normativa além do próprio servidor detentor do direito de escolha, de maneira que ausente o prejuízo não se mostra presente qualquer nulidade na manifestação da integrante dos quadros da integrante do quadro dos empregados estáveis deste Sodalício.

Em terceiro lugar, há de se consignar que o poder de império do Estado possui limitações, em especial as atinentes à necessidade de realização da justiça material, inclusive na ambiência processual. Veja-se o ensinamento constante da obra a Parcialidade Positiva do Juiz de Artur César de Sousa:

> O poder do Estado sobre a vida, a liberdade e a propriedade dos cidadãos está sujeito a um procedimento jurídico essencialmente justo (*due process of law*), razão pela qual todas as funções estatais (Judiciário, Legislativo e Executivo) devem submeter-se a essa pautas regradas, bem como a procedimentos que não apenas impliquem em legitimidade formal, mas, acima de tudo, também legitimidade material e substancial.
> Como teve oportunidade de ressaltar o italiano Giovanni Conso, então presidente da Associazione tra fli Estudiosi del Proceso Penale, tem-se, atualmente, mais do que nunca, sede de justiça, uma vez que a injustiça irrita onde quer que se encontre. É oportuno falar-se de justiça social, isto é, de uima sociedade justa. "Prima di tutto, anzi a di sopra di tutto, ci vuole una societá giusta e ogni suo elemento, a cominciare dalla giustizia, deve concorrere perché la societá sai sempre meno ingiusta".
> É certo que para muitos a postulação de um justo processo" segundo os ditames de uma "justa justiça" não passa de uma ilusão bela e atraente, não indo além de uma expressão metafísica; em suma não é algo pertencente ao mundo dos seres humanos.
> Não se nega que a plenitude de uma sociedade justa não passa de uma utopia impossível de se alcançar na concretude de uma relidade "(...) ma da perseguire constantemetne per avvicinarsi il più possible" .
> Giustizia giusta quer dizer algo mais que *justiça*, mais que um *processo justo* satisfeito com a simples observância das formas, ou seja, um processo

> conforme a lei. Não se trata apenas de respeitar as regras, uma vez que isso não é suficiente para se afirmar a existência de uma *giustizia giusta*".
> A justiça e o processo devem ser justos, não apenas no sentido de respeito às prescrições legais, formais e abstratas "(...) mas num sentido mais profundo, de um sistema que deve respeitar os grandes valores e os grandes princípios nos quais as normas devam inspirar-se".
> (DE SOUSA, Artur César. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 223).

Observe-se que no caso tablado não se chegou nem mesmo a desrespeitar uma regra ou a deixar de se a aplicar, mas sim a se colmatar a lacuna da Lei Estadual nº 14.982/2011 pela aplicação analógica e subsidiária do caput do art. 183 do Código de Processo Civil, recaindo a parcialidade positiva do juiz e sua valoração axiológica apenas sobre a motivação declinada pela servidora no que tange à sua configuração como justa causa excepcionadora do prazo destacado no diploma legal do ente federado. Pela atuação ativa dos magistrados desta Corte é que a difícil conjugação entre segurança jurídica e justiça, neste caso, restou obtida, consagrando-se o dever do julgador de se pautar num "sistema que deve respeitar os grandes valores e os grandes princípios nos quais as normas devam inspirar-se".

O que se fez, portanto, foi verificar qual norma que incidiria sobre o caso, o que somente pode ser obtido mediante um processo interpretativo que considere elementos variados para a obtenção da norma específica para o caso apresentado ao magistrado. Assim também se posiciona Maria Helena Diniz:

> Daí o caráter necessário da interpretação para saber qual a norma que incide sobre uma dada matéria fática. A maxima "in claris non fir interpretatio" não tem aplicabilidade porque o texto legal é sempre o mesmo, mas seu sentido se adapta ao sistema jurídico e às mudanças fático-sociais. A interpretação, como diz Ferrara, não é pura arte dialética, não se desenvolve num círculo de abstrações, mas perscruta as necessidade práticas da realidade social. O intérprete não pode ficar inerte ante as exigências da vida, porque o fim da norma não deve ser a imobilização da vida e sim manter contato com ela, seguindo-a em sua evolução.
> […]
> A necessidade de uma interpretação resulta exatamente do fato de a norma geral a aplicar deixar várias possibilidades em aberto, não contendo nenhuma decisão sobre a questão de se saber qual delas é a mais importante, deixando tal decisão a um ato de produção normativa, ou seja, à sentença judicial, por exemplo.
> (DINIZ, Maria Helena. A complexidade do autêntico ato impetrado. In: (RE)pensando o Direito. Estudos em homenagem ao Professor Cláudio de Cicco. Coord. Álvaro Benvindo e Antônio Batista Gonçalves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.)

Forte na convicção de que não se excepcionou e nem se deixou de aplicar o dispositivo contido no art. 45 da Lei Estadual nº 14.786, de 13 de agosto de 2010, mas se colmatou uma lacuna referente às situações em que as partes não puderem, por justa causa, atentar ao prazo nela estipulado, é que me manifesto pela possibilidade de regular processamento da postulação autoral na seara administrativa.

Diante do exposto, julgo procedente o pedido com resolução de mérito.

É como voto.

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime

APELAÇÃO Nº 0000176-87.2004.8.06.0036/1
ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE ARACOIABA
RECORRENTE: RAIMUNDO FERREIRA LIMA
RELATORA: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 121, *CAPUT*, DO CPB. RECURSO DA DEFESA. ART. 593, III, "D", DA LEI ADJETIVA. 1. LEGÍTIMA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZADOS SEUS ELEMENTOS INTEGRATIVOS. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA CONTRARIEDADE ENTRE A DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA E A PROVA DOS AUTOS. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. DECISÃO MANTIDA. Recurso conhecido e desprovido.

1. *In casu*, observa-se que a alegação de ocorrência de legítima defesa não encontra respaldo na prova colacionada, porque ausentes os seus elementos integrativos.

2. A simples presença de duas vertentes nos autos: uma a dar guarida à tese ministerial e outra apresentada pelo recorrente em sede de interrogatório, não autoriza a cassação da decisão colegiada, não podendo o Órgão *ad quem* substituir-se ao Conselho de Sentença para julgar qual delas deve ser acolhida, sob pena de suprimir-se do Tribunal do Júri a competência originária que lhe é conferida constitucionalmente, cujas decisões se encontram sob o manto inafastável da soberania dos veredictos, motivo pelo qual deve ser mantida por seus fundamentos.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos de nº176-87.2004.8.06.0036/1, em que foi interposto recurso de apelação pela Defesa contra sentença proferida pelo Tribunal do Júri da Vara Única da Comarca de Aracoiaba, pela qual restou condenado Raimundo Ferreira Lima, por crime previsto no art.121, *caput*, do Código Penal Brasileiro.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do apelo e negar-lhe provimento, em consonância com o voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 29 de outubro de 2013.

VOTO

Conforme já relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por Raimundo Ferreira Lima contra sentença proferida pelo Tribunal do Júri da Vara Única da Comarca de Aracoiaba pela qual restou condenado, nos termos do art. 121, *caput*, do Código Penal Brasileiro.

Preliminarmente, recebo a presente apelação porque presentes os requisitos de sua admissibilidade, muito embora, conforme apontou a Procuradoria Geral de Justiça, extenso o prazo para apresentação de suas razões, fato que se constitui irregularidade incapaz de ensejar prejuízo à Defesa, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que interposto o recurso no prazo legal, inclusive por ocasião da sessão plenária do júri.

A tese defensiva é no sentido de que o apelante atuou em legítima defesa própria. Essa versão, no entanto, apesar das judiciosas ponderações apresentadas pela Defesa, baseada em elementos de convicção, não se ampara em prova manifestamente contrária à decisão que a rejeitou. Explico.

Na versão apresentada pelo acusado, consta que foi agredido pela vítima munida com um pedaço de pau de jucá, fato que fora testemunhado pela pessoa de Basileu. Afirmou, ainda, que para se defender, quando não mais suportava a agressão, utilizou-se de uma faca, com que provocou na vítima ferimentos que lhe causaram a morte; que não sabe quantas vezes a lesionou e somente tomou conhecimento de sua morte no outro dia. Disse mais que, por ocasião da luta, chegou a pedir ajuda a seu compadre de nome Basileu, quando não mais conseguia se defender das agressões por ela perpetradas.

Apoiando parcialmente essa versão, o depoimento das testemunhas Basileu Alves Ferreira e Raimundo Ivan de Oliveira. Digo parcialmente, uma vez que ambos chegaram ao local do crime depois de instalada a luta entre acusado e vítima, portanto não presenciaram como se iniciou a contenda, fato de vital importância para se ter a certeza de que a vítima realmente investira contra a pessoa do réu. Ademais, tanto

Basileu como Raimundo Ivan declararam não haver observado o momento em que a vítima restou lesionada fatalmente, tampouco quantas foram as lesões. Basileu justificou sua ausência no momento porque saíra para pedir ajuda a terceiros; e Raimundo Ivan, porque estava muito nervoso. Impende observar que segundo essa mesma testemunha – Basileu –, existia uma certa dificuldade pelo fato de ser parcialmente cego, contando somente com trinta por cento de sua capacidade visual.

Igualmente sustentando a versão do réu, o auto de exame de corpo de delito (lesão corporal) a que se submeteu no dia 17 de maio de 2004, oito dias após o crime, onde consta a existência de uma lesão evidenciada por "esmagamento da falange distal do 1º quirodáctilo da mão direita e escoriações nos membros superiores".

Por outro lado, vejo que essa prova apresentada não se mostra capaz de evidenciar a ocorrência da excludente de ilicitude alegada, uma vez que a reação do réu à suposta agressão da vítima lhe foi desproporcional, mormente quando observado que ela restou lesionada na mandíbula direita, no pescoço lado direito e deltoide direito, portanto em algumas regiões vitais, com uma faca, instrumento de superior grau de lesividade se comparado com um pedaço de pau, observado, ainda, que os locais das lesões também demonstram a desproporcionalidade da alegada reação à injusta agressão: enquanto a vítima foi lesionada nas regiões do rosto e do pescoço, além do ombro, o acusado, submetido a exame oito dias após o evento, apresentou esmagamento de uma falange de um dedo e escoriações no corpo.

Ademais, apesar de haver mencionado estar, na ocasião, impossibilitado de se excluir das agressões perpetradas pela vítima em razão de uma trombose nas pernas, essa alegação não foi objeto de prova. E mais: consta às fls. 36/38, laudo de exame de local de morte violenta, cuja perícia foi realizada no mesmo dia do crime, ali registradas, dentre outras, as seguintes anotações de importante expressão: "Nas proximidades do cadáver foi constatado a presença de sangue em forma de espargimento e gotejamento, indicativo de que ali a vítima foi atingida e ainda tentou desvencilhar-se de seu agressor" e "Examinando externamente o cadáver descrito, com rigidez não instalada, foram constatadas lesões deixadas por objeto cortante (faca), assim descritas e localizadas: uma lesão profunda na região colar, uma lesão na região sob o queixo, uma lesão na face direita da boca, uma lesão na face externa do braço direito". A conclusão dos peritos foi nos seguintes termos: "Assim, face ao que acima foi exposto, os peritos são acordes em concluir tratar-se de HOMICÍDIO, no qual a vítima chegou a esboçar reação e depois empreender fuga de seu agressor, sendo perseguida por cerca de 100 metros, alcançada e morta naquele local, nas circunstâncias retromencionadas". É certo que ausente nesse

laudo a assinatura do segundo perito, no entanto, as lesões ali constatadas no corpo da vítima, que se demonstram de maior gravidade se comparadas com as apresentadas no corpo do réu, foram confirmadas pelo laudo cadavérico acostado à fl. 26, *in verbis*:

> "Apresenta ferida penetrantes na mandíbula direita, pescoço lado direito e deltoide direito" e "Ferida penetrante de pescoço por arma branca".

Dessa forma, vejo que não há prova manifesta no sentido de que o acusado atuou sob o manto da excludente de ilicitude da legítima defesa, porque não evidenciados seus elementos integrativos. Como é sabido, para a caracterização da legítima defesa, faz-se necessária a presença concomitante de todos os requisitos previstos no artigo 25 do Código Penal Brasileiro: agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro, e repulsa com a utilização dos meios necessários, usados moderadamente.

No presente caso, além de não comprovada a agressão por parte da vítima – quanto a ela, somente a versão apresentada pelo réu –, emerge da prova colacionada uma desproporção entre o meio de que se utilizou acusado em relação à vítima, inclusive não comprovada a sua moderação.

Nesse sentido:

> APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E DE LEGÍTIMA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO.
> Na espécie, estando devidamente comprovado que o acusado desferiu golpes de faca na vítima, causando-lhe lesões corporais que resultaram na sua morte, bem como não demonstrada a injusta agressão, atual ou iminente, que pretendia repelir, tem-se que deve ser mantida a sentença condenatória. APENAMENTO. PRETENSÃO À FIXAÇÃO DA PENA BASILAR NO MÍNIMO LEGAL E AO AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. A aplicação da pena é resultado da...
> (70042996231 RS, Relator: Rosane Ramos de Oliveira Michels, Data de Julgamento: 19/01/2012, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/03/2012)
>
> PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO SIMPLES. TESE DEFENSIVA DE LEGÍTIMA DEFESA. DESCABIMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO CONSELHO DE SENTENÇA. RÉU QUE DESFERE DIVERSAS FACADAS NO CORPO DA VÍTIMA. EMPREGO EXCESSIVO DOS MEIOS DE DEFESA. APELO NÃO PROVIDO.
> 1.A cassação do veredicto do Tribunal do Júri, com base no artigo 593, III, d, do CPP, somente pode ocorrer quando a decisão for completamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando não houver qualquer

> elemento de convicção nos autos capaz de embasá-la, o que não ocorre in casu.593IIIdCPP2.De acordo com as declarações do próprio acusado, verifica-se que ele teve condições de se defender de maneira eficaz e moderada contra as agressões da vítima, tanto que afirmou tê-la derrubado no chão com um chute, o que leva à conclusão de que conseguiu se desvencilhar das agressões sofridas, sem que fosse necessário desferir diversos golpes de faca contra a vítima, levando-a a óbito.
> (9300000010 PE 157994-2, Relator: Marco Antonio Cabral Maggi, Data de Julgamento: 30/03/2012, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 67)

Assim, deve ser mantida a decisão do Conselho de Sentença, em razão do princípio constitucional da soberania dos veredictos, que somente pode ser afastado, repito, mediante a existência de manifesta contrariedade entre a prova dos autos e o *decisum* colegiado.

Sobre o tema, soberania dos veredictos e apelação motivada por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, colaciono lição de Guilherme de Souza Nucci, in Júri – Princípios Constitucionais, Ed. Juarez de Oliveira, Ed. 1ª. – 1999, p. 97, *in verbis*:

> "A quarta alternativa, no entanto, levanta uma polêmica consistente, pois permite, de algum modo, que o Tribunal Superior questione o mérito do veredicto proferido pelo júri. Seria inconstitucional tal dispositivo? Como já foi ressaltado, não há problema algum em submeter qualquer decisão de órgão judiciário ao crivo do duplo grau de jurisdição. Assim, sendo possível que os jurados cometam erros, porque não avaliaram corretamente a prova a eles apresentada, a apelação tem cabimento para permitir ao Tribunal rever o que foi decidido. Por ora, nenhuma ofensa estaria, a princípio, presente nessa reavaliação.
> Ocorre que o legislador ordinário utilizou o termo "manifestamente" para evidenciar quando a decisão dos jurados entra em confronto com a prova dos autos. Não é qualquer situação que autoriza o provimento da apelação, sendo preciso um veredicto notoriamente, gritantemente, patentemente, contrário à prova colhida e constante dos autos.
> Diz Ary Azevedo Franco: "Manifestamente... Nunca um vocábulo teve maior precisão, maior indubitabilidade no seu sentido. Assim como nunca a significação usual se ajustou mais rigorosamente à sua significação jurídica. *Manifesto*, segundo Cândido Figueiredo, é sinônimo de patente, público, evidente. E Domingos Vieira afirma 'o que é manifesto é evidente para todos' (*Dic*., vol. IV, pág. 103). Que se poderá entender por manifesto, por evidente, senão aquilo que se impõe à percepção de todos, que todos vêem necessariamente, e sobre o que não é admissível, em sã consciência, a possibilidade de afirmações díspares?"
> Não bastasse a prudência legislativa para não deturpar a função do júri, autorizando somente a revisão daquilo que foi evidentemente equivocado, buscando sanar injustiças, atualmente a Constituição Federal elegeu como princípio-garantia do tribunal popular a soberania dos seus veredictos.

Nesse sentido, está correta a observação feita por Frederico Marques de que soberania não exige o respeito a um só veredicto, ou seja, não se impõe a submissão ao primeiro veredicto proferido pelo júri. O importante é que o tribunal popular dê a última palavra quanto ao mérito dos casos envolvendo crimes dolosos contra a vida.

Longe de ser prejudicial, é medida salutar submeter as decisões de qualquer tribunal ao crivo do duplo grau de jurisdição. E, a princípio, a soberania está assegurada, pois o §3º, do art. 593, do CPP preceitua que "se a apelação se fundar no n. III, *d*, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

A situação é teoricamente perfeita. Uma decisão manifestamente injusta pode ser revista pelo Tribunal do Júri, bastando que, para isso, o Tribunal Superior dê provimento à apelação. Será, então, o mesmo órgão julgador, naturalmente com outra composição (art. 607, §3º, do Código de processo Penal, e Súmula 206 do Supremo Tribunal Federal), que irá reavaliar o que fez, mantendo ou não o veredicto. Existindo erro crasso, certamente no interesse da justiça, o júri, novamente reunido, reformará a decisão anterior.

Há dois problemas, no entanto, que podem ferir a soberania do júri, embora de modo camuflado. O primeiro ocorre quando o Tribunal Superior, apreciando apelação interposta por uma das partes, entende que, apesar de encontrar alguma sintonia com a prova dos autos, não tomou o júri a melhor postura que o caso exigiria, no seu entender (do órgão ad quem), e resolve dar provimento ao recurso para remeter a novo julgamento o réu. Trata-se de patente ofensa ao princípio da soberania dos veredictos, pois não lhe cabe reavaliar o mérito, imprimindo a sua opinião a respeito da decisão e sim verificar se esta tem ou não algum fundamento nas provas – e não o "melhor" fundamento. Não se deve esperar do júri que siga a jurisprudência dominante ou a orientação desta ou daquela Câmara do Tribunal Superior; aguarda-se do tribunal popular um veredicto que tenha alguma guarida na prova dos autos e nada mais. Ensina Ary Azevedo Franco que "a reforma da decisão do Júri só se justifica quando o Tribunal de Apelação, apreciando-a com a mentalidade de jurado, e como tal deve ser entendida a expressão – livremente – isto é, sem as peias de juiz de ofício, que se habitua a ver as provas com rigor de técnica, chegar à conclusão de que a mesma nenhum apoio encontra na prova, ou seja, que ela foi manifestamente contrária às provas dos autos, e não apenas contrária às provas dos autos, em uma palavra: o desembargador deve revestir-se de mentalidade de jurado e não exigir que o jurado se revista de mentalidade de desembargador...".

Costuma-se ver decisões estampadas em acórdãos determinando novos julgamentos quando o júri decide em dissonância com a predominante na Corte Superior, o que é incabível. A título de exemplo: se o júri considera que ciúme é motivo fútil para cometer o homicídio, aceitando a qualificadora e havendo prova de que, realmente, o réu praticou o delito por tal motivo, não deve haver reforma da decisão".

Nesse sentido, em não havendo restado comprovada, de forma inquestionável, a tese formulada pelo réu, havendo nos autos prova suficiente ao acolhimento da tese apresentada pelo Ministério Público, não há como se deferir o pedido de reforma da decisão no sentido de ser o recorrente submetido a novo júri popular.

Escrevendo sobre a matéria, também a lição de Heráclito Mossin, in Júri, Crimes e Processo – Ed. Forense, 3ª. Ed. p.451, *in verbis*:

> "Por outro lado, se existe prova a favor e contra relativamente a alguma das teses defendidas no plenário pelas partes, o jurado, dentro de seu livre convencimento, pode eleger a posição que melhor lhe aprouver. Isso, ocorrendo, à luz da evidência, não se pode exortar tenha tido julgamento oposto à evidência do acervo probatório.
> Didaticamente pode ser citado um exemplo: há versão no sentido de que o réu matou a vítima em legítima defesa; enquanto que noutro quadrante da prova ficou patenteado que o acusado ceifou a vida da vítima de emboscada. Assim, na ampla soberania do júri, o colegiado popular pode condenar o acusado por homicídio qualificado ou absolvê-lo.
> Convém advertir que o julgamento feito nessas condições está embasado no princípio da persuasão racional, consagrado no art. 155 do Código de Processo Penal, em que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, o que lhe permite optar por uma das versões apresentadas no bojo dos autos. O que basta para não macular o princípio, é que o magistrado julgue em conformidade com as provas elencadas no correr da instrução probatória. Esse princípio, à eloquência, também se aplica no processo penal do júri.
> No quadrante sob dissertação, a jurisprudência se manifesta, de forma iterativa, no sentido da opção pelos jurados por uma das versões encontradas nos autos."

Nesse diapasão, colaciono jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> STJ: EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 283/STF. JÚRI. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO EXTRAÍVEL DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. VIOLAÇÃO. MATÉRIA DE DIREITO. 1. A ausência de impugnação, nas razões do agravo, de todos os fundamentos da decisão agravada, atrai a incidência da Súmula 283/STF, aplicável ante a máxima hermenêutica *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Precedentes. 2. *In casu*, os agravantes, ao argumentarem exclusivamente com a aplicação da Súmula 279/STF, deixaram de afastar especificamente todos os fundamentos da

> decisão agravada, notadamente o que tratou da existência de versão dos fatos, extraível do conjunto probatório, à qual o Júri aderiu**.** 3. A conclusão do Júri, quando não totalmente dissociada das provas dos autos, posto configurar uma das versões extraíveis do conjunto probatório, não implica sua anulação, sob pena de desrespeito à soberania dos veredictos insculpida na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVIII, letra "c"). Precedentes: HC 83961/MS Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, J. 9/03/2004, 2ªTurma; HC 83838/MG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, J. 02/03/2004 2ªTurma; HC 82447/RJ, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, J. 20/05/2003 2ª Turma; HC 74562/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, J. 22/10/1996, 1ª Turma. 4. Deveras, no acórdão impugnado mediante o extraordinário consta que o Júri acolheu versão decorrente de prova testemunhal colhida sob o manto do contraditório. 5. O Relator, na decisão agravada, apreciou o tema jurídico consoante o quadro fático delineado na origem, o que não se confunde com o reexame de provas – afasta-se a Súmula 279/STF. Precedentes: RE 469632/PA, rel. Min. Marco Aurélio, j. 2/12/2008, 1ª Turma; AI 147120 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/05/1993, 2ª Turma. 6. Agravo regimental desprovido. (RE 594104 AgR-AgR/MT. Rel.Min. LUIZ FUX. Primeira Turma. Julgamento:03/05/2011) **(grifo nosso).**

Assim, é de ser negado provimento ao recurso interposto.

ISSO POSTO, acolhendo o parecer Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Fortaleza, 29 de outubro de 2013.

PROCESSO Nº 0000204-10.2004.8.06.0051 – APELAÇÃO
APELANTE: GILVAN SOUSA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DA PENA. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A exasperação da pena base, em virtude de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser devidamente fundamentada em elementos concretos dos autos, o que não ocorreu no caso em tela.
2. Para a incidência da agravante prevista no art. 61, II, "l", do Código Penal, ou seja, ter o agente cometido o delito em estado de embriaguez preordenada, não basta ter o agente embriagado-se voluntariamente. É necessário que o tenha feito com a precisa finalidade de cometer o delito, o que não restou demonstrado no caso em tela, devendo ser a agravante afastada.
3. Para a fixação de regime de pena mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, é necessária a devida e concreta fundamentação, o que não ocorreu na espécie, devendo ser estabelecido, no caso, o regime mais brando.
4. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em dissonância com o parecer ministerial, em DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal, interposta por Gilvan Sousa Silva, com arrimo no art. 593, I, do Código de Processo Penal, contra a sentença de fls. 184/187,

publicada em 31.05.2011, que o condenou nas tenazes do art. 15 da Lei nº 10.826/2003, a uma pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, além de 30 (trinta) dias-multa, com valor unitário estabelecido no mínimo legal.

Aduz o apelante (fls. 199/201) que a pena foi exacerbada, requerendo seu redimensionamento, pugnando pela aplicação da pena em seu patamar mínimo, e regime de cumprimento de pena aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Recebido e contrariado o recurso, o Ministério Público pugnou pelo improvimento do apelo (fls. 212/216).

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da apelação (fls. 226/229).

É o relatório.

VOTO

Como relatado, trata-se de Apelação Criminal, interposta por Gilvan Sousa Silva, com arrimo no art. 593, I, do Código de Processo Penal, contra a sentença de fls. 184/187, publicada em 31.05.2011, que o condenou nas tenazes do art. 15 da Lei nº 10.826/2003, a uma pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, além de 30 (trinta) dias-multa, com valor unitário estabelecido no mínimo legal.

Aduz o apelante (fls. 199/201) que a pena foi exacerbada, requerendo seu redimensionamento, pugnando pela aplicação da pena em seu patamar mínimo, e regime de cumprimento de pena aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Não se discute, no presente recurso, a condenação, mas tão somente a dosimetria da pena aplicada, de forma que nada há para ser analisado no que diz respeito a provas de autoria e materialidade.

Destarte, analisando-se a sentença de fls. 184/187, vislumbra-se que assiste, em parte, razão ao recorrente, no tocante à dosimetria da pena, senão vejamos.

O magistrado, ao analisar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, na primeira fase de aplicação da reprimenda, sopesou-as com eficiência e acuidade, tendo valorado algumas delas de forma negativa, com amparo na prova dos autos, o que o fez elevar um pouco a pena base.

Destarte, não poderia a pena base ser fixada no patamar mínimo legal, como requer a defesa, em virtude das circunstâncias desfavoráveis.

Entretanto, na segunda fase de aplicação da pena, o magistrado aplicou a agravante prevista no art. 61, II, "l", do Código Penal, ou seja, ter o agente cometido o delito em estado de embriaguez preordenada.

Entretanto, a meu ver, não restou comprovada tal agravante nos autos. É que, para a sua incidência, não basta ter o agente embriagado-se voluntariamente. É necessário que o tenha feito com a precisa finalidade de cometer o delito.

Na lição de Rogério Greco:

> A agravante da embriaguez preordenada encontra-se prevista na modalidade de embriaguez voluntária em sentido estrito. Contudo, a finalidade do agente não é a de somente embriagar-se, mas de se colocar em estado de embriaguez com o fim de praticar determinada infração penal. [...] Enfim, embora não podendo o agente ter a certeza do que fará em estado de embriaguez, se a sua finalidade, ao fazer a ingestão de bebida alcoólica, era a de praticar determinada infração penal, se esta for efetivamente levada a efeito, terá plena aplicação a agravante em discussão.[1]

Destarte, deve ser excluída a agravante aplicada pelo magistrado, prevista no art. 61, II, "l", do Código Penal, e, em consequência, aplicada a redução da pena em virtude da atenuante da confissão espontânea.

Assim sendo, reforma a segunda fase da dosimetria da pena, para reduzir em 04 (quatro) meses a reprimenda base, em virtude da atenuante da confissão espontânea, resultando a pena concreta e definitiva em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão, à míngua de outras circunstâncias modificativas da pena.

Quanto ao regime de cumprimento de pena, também entendo merecer reforma a sentença.

É que, para a fixação de regime de cumprimento de pena mais gravoso, deve o juiz tecer a devida fundamentação, justificando a necessidade de imposição de regime mais rigoroso que aquele previsto no Código Penal com relação ao *quantum* da pena.

No caso em tela, entretanto, limitou-se o magistrado a dizer que fixava o regime semiaberto "com amparo no art. 33, § 3º do CPB", registrando, ainda:

> Com efeito, é sempre oportuno frisar que na fixação do regime prisional deve o julgador levar em consideração não apenas o quantitativo da pena aplicada, mas principalmente a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB frente ao caso concreto.

1 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral, Volume I. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 568.

Não fundamentou, entretanto, a necessidade de imposição de regime mais gravoso no caso concreto.

Assim sendo, fixo o regime aberto para o início do cumprimento da pena aplicada, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

Quanto à aplicação do art. 44 do Código Penal, requerida pelo apelante, entendo que agiu bem o magistrado ao afastá-la, e o fez fundamentadamente, em virtude das circunstâncias judiciais concretamente valoradas em seu desfavor, a saber, culpabilidade, conduta social e motivos do crime, motivo pelo qual não merece reproche a sentença nesse ponto.

Diante do exposto,

conheço do recurso, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, em dissonância com o parecer ministerial, redimensionando a pena aplicada para 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime aberto, mantendo-se inalterada a sentença em seus demais termos.

É como voto.

Fortaleza, 17 de dezembro de 2013

PROCESSO: 00003515-73.2009.8.06.0167– APELAÇÃO
APELANTE: JOSÉ SHIRLIEUDO DAMASCENO SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

VOTO

APELAÇÃO CRIMINAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. LAPSO TEMPORAL CONTADO DO RECEBIMENTO DA DENÚNICA E DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. RÉU MENOR DE 21 (VINTE E UM) ANOS AO TEMPO DO DELITO. PRAZO PRESCRICIONAL QUE SE CONTA DE METADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO PREJUDICADO .

1.Paciente condenado à pena de 02 (dois) anos de reclusão em regime aberto e 10 dias-multa pela prática do delito previsto no art.15 da lei n° 10.826/03.

2.O prazo prescricional aplicável à espécie, considerando a pena aplicada, é de 4 anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal Brasileiro.

3. Tratando-se de réu menor de 21 anos à época do fato delituoso, o prazo prescricional conta-se pela metade, consoante inteligência do art. 115 do CP.

4. Considerando que a denúncia foi recebida em 16/07/2009 e a sentença foi proferida em 07/05/2013, verifica-se a ocorrência da prescrição, uma vez que decorridos entre tais marcos interruptivos mais de 2 anos.

5. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade quanto ao crime imputado ao paciente, em face da prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos termos dos arts. 107, IV, 109, V, 110 §1º e 115, todos do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal em que se interpõe apelação, ACORDAM os Desembargadores integrante da Turma Julgadora da

2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, declarar extinta a punibilidade do apelante, ante o reconhecimento da prescrição retroativa, restando, portanto prejudicada a análise das razões do recurso, tudo na forma do voto do relator.

Fortaleza, 03 de fevereiro 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de apelo interposto por JOSÉ SHIRLIEUDO DAMASCENO SILVA, contra a r. sentença de fls. 83/91 que o condenou à pena de 02 (dois) anos de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada um no equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, pela prática do delito elencado no art. 15 da lei nº 10.826/03.

Irresignado, interpôs recurso de apelação às fls. 102/104, objetivando, em resumo, "**absolvição** do réu, dada a excludente de ilicitude da legítima defesa, prevista no (art. 386, VI do Código de Processo Penal)."

Nas contrarrazões ao recurso de apelação, às fls. 110/112, entende o representante do Ministério Público que os argumentos apresentados não restaram demonstrados, devendo a sentença combatida ser mantida em sua integralidade.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 121/123, opina por negar provimento ao recurso.

Relatório, em síntese.

À douta revisão.

VOTO

De início, cumpre observar que, no caso em análise, não há que se examinar as razões do apelo, uma vez que, constatada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, deve-se, de logo, decretar a extinção da punibilidade do réu/apelante, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal.

Esse é o entendimento dos nossos tribunais. Senão, veja-se:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES EM CONTINUIDADE DELITIVA. RECURSO DA DEFESA. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO DA

> PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO NA MODALIDADE RETROATIVA. AUMENTO DECORRENTE DA CONTINUIDADE DELITIVA QUE NÃO PODE SER COMPUTADO NA CONTAGEM DO PRAZO. VERBETE SUMULAR 497 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR AO INTERREGNO ESTABELECIDO EM LEI ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE SE IMPÕE. INTELIGÊNCIA DO ART. 107, INC. IV, DO ESTATUTO REPRESSIVO. **IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DO MÉRITO RECURSAL. RECURSO PREJUDICADO.**
> (TJ-SC , Relator: Sérgio Rizelo, Data de Julgamento: 30/09/2013, Segunda Câmara Criminal Julgado) (grifei)

Na espécie, considerando que foi imposta ao recorrente a sanção de 02 (dois) anos de reclusão em regime aberto e o pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada um no equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, tem-se que a prescrição, em tese, se operaria em 04 (quatro) anos, nos termos do art. 109, incisos V, c/c o art. 110, §1º, do Código Penal. No entanto, segundo dispõe o art. 115 do Código Repressivo, o prazo prescricional é reduzido pela metade quando o agente, à época do fato, era menor de 21 anos.

In casu, levando-se em conta que o acusado nasceu em 28/05/1988 e o crime ocorreu em 10/01/2009, conclui-se que este, ao tempo do delito, contava com menos de 21 anos de idade, o que reduz o prazo prescricional da metade, operando-se a prescrição, portanto, em 02 (dois) anos.

Assim, evidencia-se configurada, nos termos do art. 109, incisos V, c/c os arts. 115 e 110, § 1º, todos do Código Penal,a prescrição da pretensão punitiva do Estado, visto que, da data do recebimento da denúncia (16/07/2009 - fl. 42) até a da publicação da sentença (07/05/2013 - fl. 91), transcorreram mais de 02 anos, sendo certo, ainda, que dito decisório transitou em julgado para a acusação (fl.108).

Dispõem as normas legais acima aludidas, *in verbis*:

> Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:
> (...)
> V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não exceda a 2 (dois);
> Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.
> § 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado

> para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada. (redação anterior à entrada em vigência da Lei n° 12.234/2010)
> Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos, ou, na data da sentença, maior de setenta anos.

Dessa forma, aplicando-se os dispositivos legais acima transcritos, impõe-se, em face da prescrição retroativa, o reconhecimento da extinção da punibilidade do réu/apelante, ficando prejudicado o exame da questão de mérito tratada neste recurso.

Sobre a matéria, convém trazer à colação o seguinte julgado:

> APELAÇÃO CRIME. LESÃO CORPORAL GRAVE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, EIS TRANSCORRIDOS MAIS DE DOIS ANOS ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. RÉU MENOR DE 21 ANOS. PRAZO QUE SE CONTA PELA METADE, FORTE NO ARTIGO 115, DO CÓDIGO PENAL. DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RÉU, PREJUDICADOS O MÉRITO DE SEU APELO E O RECURSO MINISTERIAL.
> (Apelação Crime Nº 70046332235, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 27/06/2012)

Deste modo, não havendo recurso da acusação e transcorrido o prazo prescricional superior a 2 (dois) anos entre a data do recebimento da denúncia e da publicação da sentença condenatória, considerando, ainda, que o réu era menor de 21 anos ao tempo do fato delituoso, decreto extinta a punibilidade do apelante, quanto ao crime a ele imputado, em face da prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos termos dos arts. 107, IV, 109, V, 110 § 1º e 115, todos do Código Penal, restando prejudicada a apreciação dos fundamentos do apelo aqui tratado.

É com o voto.

Fortaleza, 03 de fevereiro 2013.

PROCESSO: 0040098-18.2013.8.06.0167 – APELAÇÃO-SOBRAL
APELANTE: JONAS SALES SOUSA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO TENTADO EM CONCURSO DE AGENTES – ART. 157, § 2º, INCISOS I E II C/C ART. 14, II DO CPB – PEDIDOS DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA REDUZIR A PENA BASE E AUMENTAR O PERCENTUAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA – NÃO ACOLHIMENTO DOS PLEITOS – IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. A autoria e a materialidade estão comprovadas pelo depoimento firme e coerente da vítima e dos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante do recorrente, ainda portando a *"res furtiva"*, além do fato do mesmo ter confessado a autoria do crime.

2. A valoração negativa de apenas uma das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP já é suficiente para fundamentar a exasperação da pena base, cujo aumento deve respeitar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e individualização da pena.

3. Muito caminhou o agente no *iter criminis* e, por isso, a redução de 1/2 está plenamente justificada. Ele aproximou-se da consumação e a redução de 2/3 só seria possível se distante dela estivesse ficado.

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 e **negar-lhe provimento,** nos termos do voto do Relator, parte integrante deste.

Fortaleza, 20 de janeiro de 2014.

RELATÓRIO

Apelação interposta pelo acusado JONAS SALES SOUSA contra sentença que o condenou pela prática da infração capitulada no Art. 157, § 2º, I e II, c/c art. 14, II, todos do Código Penal.

O recorrente foi condenado à pena de três (03) anos e vinte (20) dias de reclusão e ao pagamento de dezesseis (16) dias-multa, no regime inicial aberto.

Inconformado com esse resultado, o apelante, através de defensor público, interpôs o recurso em exame, com razões às fls.93/98, visando apenas a redução da pena base e o aumento do percentual de diminuição de pena.

As Contrarrazões da Promotoria de Justiça foram ofertadas às fls. 100/103, propugnando-se pelo improvimento do pleito. O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça foi exarado no mesmo sentido, podendo ser visto às fls. 119/122.

O feito foi distribuído para este Gabinete em 10/09/13, conforme dados do sistema SAJ, vindo concluso para apreciação.

Era o que se tinha a relatar, determinando a remessa dos autos à D.D. Revisora para os devidos fins.

VOTO

Feito o devido exame dos autos, verifica-se que o recurso foi interposto tempestivamente, sendo cabível na espécie, razão para tomar o conhecimento pretendido.

Narra a exordial acusatória que no dia 11 de dezembro de 2012, na Av. Sanford, próximo ao Hospital Regional, o acusado Jonas Sales Sousa, acompanhado de outro indivíduo e munido de faca tipo peixeira, abordou a vítima Vladiane Galvão Mesquita e desta tentou subtrair os bens.

Embora bastante amedrontada a vítima, juntamente com seu namorado, reagiram gritando, solicitando ajuda de populares, que conseguiram imobilizar apenas o recorrente. Ressalte-se que o mesmo, no momento de seu interrogatório, confessou a prática criminosa.

Com fulcro nas incontestáveis provas dos autos a douta julgadora condenou JONAS SALES SOUSA, pela prática do Art. 157, § 2º, I e II, c/c art. 14, II, todos do Código Penal à pena de três (03) anos e vinte (20) dias de reclusão e ao pagamento de dezesseis (16) dias-multa, no regime inicial aberto.

Como se vê, não há dúvida quanto ao cometimento do delito praticado pelo réu. Aliás, tanto foi justa a condenação que o apelante contra ela não se insurgiu propriamente, trazendo apenas pleitos alternativos, visando apenas a redução da pena base e o aumento do percentual de diminuição de pena.

In casu, a condenação do apelante pelo crime de roubo majorado tentado, revela-se em total congruência com o material probatório e, assim, em que pese os argumentos trazidos pela combativa defesa, não há como acolher os pleitos.

No tocante à redução da pena ao mínimo legal cominado à espécie não merece prosperar.

Consoante é cediço, ao individualizar a pena, deve o julgador examinar de forma cuidadosa os elementos referentes ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma fundamentada, uma reprimenda justa, proporcional, que seja suficiente para reprovação do delito. Quando considerar qualquer uma destas circunstâncias judiciais desfavoráveis, o magistrado tem o dever de expor suas razões, de forma devidamente motivada, como prescreve o art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

A MM. Juíza Presidente, valorando negativamente duas das circunstâncias judiciais (personalidade e motivo do crime), aplicou a pena base um pouco acima no mínimo legal, restando assim, fixada na primeira fase da dosimetria, a pena em cinco (05) anos de reclusão.

Vale frisar que a valoração negativa de apenas um das circunstâncias já é suficiente para fundamentar a exasperação da pena base, desde que tal aumento seja razoável, diante das particularidades do caso em concreto.

Em relação ao quantum da pena fixada na primeira fase, ressalte-se que não é possível mensurar matematicamente o aumento da pena base. Por esta razão é que a lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais. Assim, cabe a esta Instância Revisora avaliar se a fixação da pena base está fundamentada em elementos idôneos, observando-se o princípio da proporcionalidade, de modo a se preservar o livre convencimento motivado e a discricionariedade vinculada do julgador.

A douta magistrada assim justificou a valoração negativa da personalidade do recorrente: "a personalidade do acusado não o socorre e tenho como reconhecer ser desvirtuada. Embora estude, usa cola e já ficou internado no Núcleo em Fortaleza por prática de roubo. Mal atingiu a maioridade e já se encontrou em nova prática" Também explicitou o motivo do crime: "o motivo do crime foi a vontade de obtenção de lucro fácil, independentemente de suas consequências (...)"

Da sentença de fls. 72/78, constata-se que a douta magistrada não se limitou a descrição abstrata dos elementos do art. 59 do CP. A análise e fundamentação estão baseadas em dados colhidos nos autos e, a fixação da pena base acima do mínimo legal restou devidamente justificada. A fundamentação, portanto, mostra-se idônea, eis que baseada em elementos concretos que, à luz do referido dispositivo, autorizam a exasperação da pena.

A defesa demostrou, por fim, irresignação em relação ao percentual de diminuição de pena, pretendendo aumentá-la em seu grau máximo, qual seja em 2/3, no entanto conclui-se que melhor sorte não lhe assiste.

A verdade é que, conforme se vê às fls. 77, a douta Sentenciante operou à redução de 1/2 (um meio), quando o mencionado dispositivo legal prevê uma diminuição que pode chegar até o patamar de 2/3 (dois terços). In casu, sua Exª. fez constar o seguinte:

> "(...) Com a previsão do art. 68 do Código Penal, e em razão da presença da causa geral de diminuição da pena da tentativa, diminuo a pena em 1/2 (um meio), levando em conta que o acusado não exauriu toda a sua potencialidade lesiva (...)"

O apelante demonstrou culpabilidade acima do normal, com alta periculosidade, praticando o delito em plena luz do dia, sendo que o fez mediante grave ameaça com o emprego de arma branca – faca, restringindo a liberdade da vítima, não consumando o crime por motivos alheios à sua vontade.

Assim, tem-se que muito caminhou o agente no *iter criminis* e, por isso, a redução de 1/2 está plenamente justificada. Ele aproximou-se da consumação e a redução de 2/3 só seria possível se distante dela estivesse ficado.

Nesse ponto, se faz oportuna a transcrição de ementa atual de acórdão sobre o tema:

> **EMENTA:** APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIO TENTADO CONEXO COM O CRIME DE ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E PELO CONCURSO DE PESSOAS - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - SÚMULA 28/TJMG - MANUTENÇÃO DO JULGADO - REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL - NÃO CABIMENTO - PRESENÇA DE UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE AUTORIZA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos da Súmula 28 deste egrégio Tribunal de Justiça, havendo suporte no conjunto probatório dos autos, não se cassa o veredicto popular, por

> manifestamente contrário à prova dos autos, o que só será possível quando a decisão for absurda, arbitrária e totalmente dissociada do contexto probatório. - A valoração negativa de apenas uma das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP já é suficiente para fundamentar a exasperação da pena-base, cujo aumento deve ser razoável e proporcional, como no caso em tela.
> (Apelação Criminal nº 1.0393.11.001762-0/001 - Comarca de Manga – TJMG - 1ª Câmara de Direito Criminal, Relatora: Desa. Kárin Emmerich, julgado em 25/06/2013, dj 05/07/2013).

O recurso, por tudo que foi detalhadamente exposto, não merece provimento, devendo a condenação ser mantida integralmente, nos moldes em que lançada pelos seus próprios fundamentos fáticos e jurídicos.

Ex positis, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, emite-se o voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto, mantendo-se, na íntegra, a referida sentença recorrida.

É o voto.

Fortaleza, 20 de janeiro de 2014.

PROCESSO: 0004846-37.2000.8.06.0028 – APELAÇÃO
APELANTE: ANTÔNIO BASTOS RODRIGUES
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO CRIME. PRESCRIÇÃO RETROATIVA DA PRETENSÃO PUNITIVA. Havendo o trânsito em julgado para a acusação, forçoso reconhecer, **ex offício**, a extinção da pretensão punitiva do Estado por ter sido esta alcançada pelo instituto da prescrição retroativa da pretensão punitiva, ocorrida entre a data da pronúncia e data da publicação da sentença penal condentória, declarando, conseqüentemente, extinta a punibilidade do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do presente recurso apelatório, para, reconhecendo *ex offício* a prescrição da pretensão punitiva do Estado, declarar extinta a punibilidade do réu, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 20 de janeiro de 2014.

RELATÓRIO

O sobrenomeado apelou da sentença que o condenou à pena de 9 (nove) anos de reclusão, regime inicialmente fechado, como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal.

Sem negar o fato punível, insurgiu-se, contudo, contra a reprimenda, alegando que não há motivos suficientes para a exacerbação da basilar.

A Promotoria, no revide, criticou a pretensão e predicou a manutenção do *decisum*.

Ouvida, a PGJ foi pelo improvimento do recurso.

Relatório, em síntese.

À douta revisão.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade, ensejando o seu conhecimento.

Precedente ao exame das questões de mérito relacionadas ao apelo, deve-se enfrentar e decidir acerca de questão de ordem pública relacionada à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Observa-se que a decisão de pronúncia, fl. 89, foi publicada em 12/04/1988 e a sentença que condenou o réu à pena definitiva de 9 (nove) anos de reclusão, fls. 344 e 345, foi publicada e registrada em 29/04/2008.

Assim, havendo o trânsito em julgado para a acusação e transcorrido mais de 16 (dezesseis) anos entre a data da pronúncia e a data da publicação da sentença penal condentória, é de se reconhecer a extinção da pretensão punitiva do Estado por ter sido esta alcançada pelo instituto da prescrição retroativa, uma vez que o prazo prescricional calculado em função da pena concreta (nove anos), é de dezesseis anos (art. 109, II do CP).

Dessa forma, concluímos que, decorrido tal prazo, não há mais interesse estatal na punição do fato delituoso, tornando-se imperativa a decretação da extinção da punibilidade.

Conforme jurisprudência dos Tribunais Pátrios, uma vez reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, fica prejudicado o exame do mérito da causa, devendo, portanto, ser preliminarmente decretada a extinção da punibilidade do agente criminoso.

Assim, diante dos fundamentos expendidos, e em obediência aos artigos 109, inciso II e 110 § 1º do Código Penal, conheço do presente recurso apelatório, para, reconhecendo *ex offício* a prescrição da pretensão punitiva do Estado, declarar extinta a punibilidade do réu.

É como voto.

Fortaleza, 20 de janeiro de 2014.

PROCESSO: 0004945-37.2013.8.06.0000 – APELAÇÃO
APELANTES: RITA RIBEIRO DA SILVA E FRANCISCO IRANILDO DE SOUSA COUTINHO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. NULIDADE OCORRIDA DURANTE A SESSÃO PLENÁRIA. PRECLUSÃO. ERRO NA APLICAÇÃO DA PENA. OCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. *QUANTUM* DE DIMINUIÇÃO FIXADO EXPRESSAMENTE NO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA REFORMADA NESSE PONTO. PRIMEIRO RECURSO IMPROVIDO E SEGUNDO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O momento oportuno para a impugnação de nulidades ocorridas durante a sessão de julgamento do tribunal do júri deve ser ainda em plenário, logo depois de ocorrerem, sob pena de preclusão. Inteligência do art. 571, VIII, do Código de Processo Penal.

2. As causas de diminuição de pena vem expressas pelo legislador, com frações pré-definidas de diminuição, não podendo o magistrado aplicar fração redutora diversa daquela prevista em lei.

3. Na hipótese, reconhecida a causa de diminuição de pena do art. 14, II, do Código Penal, pelo Conselho de Sentença, houve equívoco na dosimetria da pena, ao se proceder à diminuição de 1/15 da reprimenda provisória, na terceira fase de aplicação da pena, posto que a lei prevê que tal diminuição seja de um a dois terços.

4. Recursos conhecidos, sendo o primeiro improvido e o segundo parcialmente provido, com a retificação da pena aplicada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em dissonância com o parecer ministerial, em negar provimento ao recurso interposto por Rita Ribeiro da Silva, e dar parcial provimento ao apelo de Francisco Iranildo de Sousa Coutinho, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de duas apelações criminais, interpostas, a primeira por Rita Ribeiro da Silva, com fulcro na alínea "a" do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal, contra a **sentença de fls. 501/502, datada de 13.03.2012**, que a condenou nas tenazes do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, a uma pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado; a segunda, por Francisco Iranildo de Sousa Coutinho, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal, contra a **sentença de fls. 541/542, datada de 22.03.2012**, que o condenou nas tenazes do art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, a uma pena de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por **fato ocorrido em 13.11.2001.**

A denúncia foi recebida em **24.03.2002,** como se vê à fl. 34, e os réus pronunciados em **04.02.2004**, como se vê às fls. 141/144.

A ré Rita Ribeiro da Silva, em sua apelação de fls. 514/522, com fulcro na alínea "a" do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal, aduziu a ocorrência de nulidade por cerceamento de defesa, por não ter o magistrado julgado inconstitucional a norma do art. 478 do Código de Processo Penal, bem como alegou que a acusação teria feito menção à decisão do Tribunal de Justiça, em recurso apelatório anterior, para induzir os jurados, bem como pela leitura de documento que não constava nos autos, consistindo na declaração de uma das juradas. Requereu, ao final, a anulação do julgamento.

Já o réu Francisco Iranildo de Sousa Coutinho, em apelação às fls. 548/556, aduziu que a acusação teria feito menção à decisão do Tribunal de Justiça, em recurso apelatório anterior, bem como ao resultado do julgamento anterior, para induzir os jurados, requerendo, dessa forma, a anulação do julgamento em virtude da ocorrência de nulidade. Sustentou, ainda, que houve erro na aplicação da pena, vez que o magistrado, ao aplicar causa de diminuição de pena, utilizou *quantum* em dissonância com a previsão legal para diminuir a reprimenda.

Recebido e contrariado o recurso, o Ministério Público pugnou pelo improvimento dos apelos (fls. 559/564).

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento das apelações (fls. 575/584).

É o relatório.

VOTO

Como relatado, trata-se de duas apelações criminais, interpostas, a primeira por Rita Ribeiro da Silva, com fulcro na alínea "a" do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal, contra a **sentença de fls. 501/502, datada de 13.03.2012**, que a condenou nas tenazes do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, a uma pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado; a segunda, por Francisco Iranildo de Sousa Coutinho, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal, contra a **sentença de fls. 541/542, datada de 22.03.2012**, que o condenou nas tenazes do art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, a uma pena de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por **fato ocorrido em 13.11.2001.**

A denúncia foi recebida em **24.03.2002,** como se vê à fl. 34, e os réus pronunciados em **04.02.2004**, como se vê às fls. 141/144.

A ré Rita Ribeiro da Silva, em sua apelação de fls. 514/522, com fulcro na alínea "a" do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal, aduziu a ocorrência de nulidade por cerceamento de defesa, por não ter o magistrado julgado inconstitucional a norma do art. 478 do Código de Processo Penal, bem como alegou que a acusação teria feito menção à decisão do Tribunal de Justiça, em recurso apelatório anterior, para induzir os jurados, bem como pela leitura de documento que não constava nos autos, consistindo na declaração de uma das juradas. Requereu, ao final, a anulação do julgamento.

Já o réu Francisco Iranildo de Sousa Coutinho, em apelação às fls. 548/556, aduziu que a acusação teria feito menção à decisão do Tribunal de Justiça, em recurso apelatório anterior, bem como ao resultado do julgamento anterior, para induzir os jurados, requerendo, dessa forma, a anulação do julgamento em virtude da ocorrência de nulidade.

Inicialmente, quanto à alegação de nulidade, sustentada em ambos os recursos, tenho que esta não merece prosperar.

Alegaram os réus que o Promotor de Justiça teria feito menção à decisão oriunda do Tribunal de Justiça, em grau de recurso, bem como pela leitura de

documento que não constava nos autos, consistindo na declaração de uma das juradas, como argumento de autoridade, induzindo os jurados a votarem pela condenação dos acusados.

A defesa de Rita Ribeiro da Silva aduziu, ainda, que houve nulidade por não ter o magistrado julgado inconstitucional a norma do art. 478 do Código de Processo Penal, mas tal argumento, o qual sequer foi desenvolvido pela defesa na peça recursal, em verdade confunde-se com a arguição de nulidade pela leitura de decisões anteriores como argumento de autoridade, motivo pelo qual analiso tais argumentos em tópico único.

Da leitura da ata do julgamento da ré Rita Ribeiro da Silva (fls. 504/507), percebe-se que, somente após proferida a sentença, veio a defesa manifestar-se acerca da leitura, pelo membro ministerial, da declaração da recusa de uma jurada, documento este estranho aos autos. Transcrevo trecho da ata:

> [...] Ato contínuo, o advogado de defesa manifestou-se nos seguintes termos: "MM. Juiz, o nobre representante do Ministério Público em debate neste plenário fez menção e exibiu aos jurados escrito de próprio punho e que não consta nos autos, cujo teor dizia da recusa de uma jurada em participar do conselho de sentença por temor à ré. Assim requer conste na ata do julgamento o incidente que ora se levanta, por fim manifesta o interesse de apelar da sentença condenatória, e o faz nos termos do art. 593, III, letra A, cujas razões do recurso serão apresentadas no prazo do art. 600, do CPB, dada a palavra ao Ministério Público, este manifestou-se da seguinte forma: "MM. Juiz, diz o Ministério Público que se manifestará sobre o ora alegado pela defesa, quando à abertura de vista para apresentação das competentes contra razões recursais". Em seguida o MM. Juiz proferiu o seguinte despacho: "Deixo de conhecer o pedido acima formulado, por entender que é precluso, haja vista que tal consignação deveria ter sido requerida por ocasião dos debates, até mesmo para que este magistrado pudesse alertar os jurados, para que esses não levassem em consideração o referido documento, se entendesse que a conduta do representante do MP era indevida, cabendo ao Tribunal de Justiça, por meio do recurso interposto, confirmar, ou não, a incidência da preclusão. [...].

Inicialmente, assevero que, a meu ver, assiste razão ao nobre magistrado Presidente do Tribunal do Júri, ao considerar preclusa a alegação sustentada pela defesa em plenário, quanto à leitura de documento, pelo Promotor de Justiça, que não constava nos autos, consistindo na declaração de uma das juradas, somente após a votação dos quesitos e prolação da sentença, quanto a fato supostamente ocorrido por ocasião dos debates da acusação em plenário.

A defesa teve mais de uma oportunidade de se manifestar acerca da suposta nulidade, tanto por ocasião dos debates em plenário, ou ainda por ocasião da leitura dos quesitos, mas não o fez, por escolha própria. Preferiu silenciar, e deixar para arguir a suposta nulidade somente após a prolação da sentença.

Não há como se reconhecer da nulidade aventada, pois alcançada pela preclusão.

Por outro lado, verifica-se, claramente, que a defesa de Rita Ribeiro da Silva (fls. 504/507), assim como a defesa de Francisco Iranildo de Sousa Coutinho (fls. 544/545), em nenhum momento**,** consignou em ata qualquer reclamação acerca da suposta leitura, pelo Promotor de Justiça, de decisões anteriores neste processo, como argumento de autoridade, estando, também, preclusa a alegação de nulidade.

Nesse sentido, colho julgado do Supremo Tribunal Federal:

> Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, art. 121, § 2º, IV). NULIDADE DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. INCOGNOSCIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. QUESITOS. JÚRI. NULIDADES. ARGUIÇÃO EM PLENÁRIO. MOMENTO OPORTUNO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO. PRECLUSÃO. DEFESA TÉCNICA. DEFICIÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INCOGNOSCIBILIADE. MATÉRIA DE FATO E DE PROVA. APROFUNDAMENTO. INVIABILIDADE.
>
> 1. As alegadas nulidades da sentença de pronúncia e da manutenção da prisão cautelar na sentença condenatória não foram objeto do habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, daí porque o seu exame, por esta Corte, implicaria supressão de instância. 2. In casu, o paciente e seu irmão, corréu no processo, e também impetrante da presente ação de habeas corpus, foram processados por homicídio qualificado por recurso que impossibilitou a defesa da vítima (CP, art. 121, § 2º, IV). O paciente foi condenado a 12 (doze) anos de reclusão em regime inicialmente fechado, tendo o Conselho de Sentença rechaçado a tese de legítima defesa ante a ausência de agressão injusta. O irmão restou absolvido por negativa de autoria**. 3. O momento oportuno para a insurgência contra nulidades a respeito dos quesitos formulados no tribunal do júri deve ser em plenário, logo depois de ocorrerem, sob pena de preclusão. Leitura do art. 571, VIII, do CPP (Art. 571. As nulidades deverão ser argüidas: (...) VIII – as do julgamento em plenário, em audiência ou sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.). Precedentes: HC 105.391/SC, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, Julgamento em 1/3/2011; RHC 99.787/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgamento em 14/9/2010; HC 97.064/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento em 7/12/2010; HC 96.469/RJ, Relator Min. Ayres Britto, Primeira Turma, Julgamento em 09/06/2009.** 4. No caso

> dos autos, a ata de julgamento demonstra que não houve impugnação a respeito da omissão de quesito sobre a legítima defesa putativa, ou sobre votação contraditória de quesitos, limitando-se a defesa a manifestar-se sobre a ausência dos quesitos referentes ao excesso na legítima defesa, considerados prejudicados pelo juiz-presidente da sessão. Ausência de submissão do tema à segunda instância, em grau de apelação. 5. A defesa técnica revelou-se diligente ao oferecer impugnações em plenário, lograr sucesso na absolvição do corréu e interpor tempestiva apelação. Eventual deficiência em sua atuação somente seria aferível mediante exame de fatos e provas, inviável em sede de habeas corpus. 6. A alegada decisão manifestamente contrária à prova dos autos no julgamento pelo júri é incognoscível por demandar ampla cognição fático-probatória. Precedente: HC 86.735/SP, Relator Min. Ayres Britto, Primeira Turma, Julgamento em 07/03/2006. 7. Ordem denegada.
> (HC 104776, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/08/2011, DJe-159 DIVULG 18-08-2011 PUBLIC 19-08-2011 EMENT VOL-02569-01 PP-00012) Grifo nosso.

Assim sendo, nego provimento ao apelo de Rita Ribeiro da Silva, e nego provimento, nesse ponto, ao apelo de Francisco Iranildo de Sousa Coutinho.

O réu Francisco Iranildo de Sousa Coutinho, sustentou, ainda, que houve erro na aplicação da pena, vez que o magistrado, ao aplicar causa de diminuição de pena, utilizou *quantum* em dissonância com a previsão legal para diminuir a reprimenda.

Com razão o apelante neste ponto.

Com efeito, as causas de diminuição de pena vem expressas pelo legislador, com frações pré-definidas de diminuição.

Como ensina Guilherme de Souza Nucci, as causas de aumento e diminuição de pena: "*são causas obrigatórias ou facultativas de aumento ou de diminuição da pena em quantidades fixadas pelo próprio legislador, porém sem estabelecer um mínimo e um máximo para a pena*"[1].

Verifica-se que o nobre magistrado, ao proceder à dosimetria da pena, incorreu em equívoco, vez que, na terceira fase de aplicação da pena, ao aplicar a causa de diminuição reconhecida pelos jurados, reduziu apenas 1/15 da pena provisória.

Transcrevo trecho da sentença atacada (fls. 541/542):

> [...] Do exposto, julgo procedente a acusação, para o fim de condenar o réu Francisco Iranildo de Sousa Coutinho, nas penas do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do CPB.
> Diante do fato de o réu ter sido condenado a crime de homicídio duplamente

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 11. ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 477.

> qualificado, a primeira qualificadora servirá para estabelecer a pena-base, enquanto a segunda qualificadora será utilizada como agravante, prevista no art. 61, inciso II, alínea "c", do CPB.
> Não sendo detectadas circunstâncias judiciais que autorizem a fixação da pena base acima do mínimo legal, inicialmente fica estabelecida a pena de 12 (doze) anos de reclusão.
> Não foram alegadas nem reconhecidas atenuantes. Diante da incidência da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "c", do CPB, agravo a pena para 15 (quinze) anos de reclusão.
> Como o Conselho de Sentença reconheceu a existência de causa de diminuição de pena, reduzo a pena para 14 (catorze) anos de reclusão, a qual estabeleço em concreto e definitivo, por não ter sido alegada nem reconhecida a presença de outras causas de diminuição ou aumento de pena.

Analisando-se, acuradamente, os autos, verifica-se que a causa de diminuição de pena alegada pela defesa foi aquela prevista no art. 14, II, do Código Penal, ou seja, a tentativa, conforme restou consignado em ata de julgamento (fl. 545).

Percebe-se, ainda, à fl. 539, que foi elaborado o quesito de nº 8 aos jurados, nos seguintes termos: "*Existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa?*", ao qual o Conselho de Sentença respondeu que sim.

Destarte, resta evidenciado que os jurados reconheceram a existência de causa de diminuição de pena, prevista no art. 14, II, do Código Penal, que prevê:

> Art. 14 - Diz-se o crime:
> [...]
> Tentativa
> II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.
> Pena de tentativa
> Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, **diminuída de um a dois terços.** (Grifo nosso)

Assim, hei por bem dar parcial provimento ao apelo de Francisco Iranildo de Sousa Coutinho, para retificar, tão somente, a terceira fase de aplicação da pena na sentença de fls. 541/542, nos termos do art. 593, § 2º, do Código de Processo Penal.

A pena provisória, após a segunda fase de aplicação da reprimenda, restou em 15 (quinze) anos de reclusão. Aplicando-se a causa de diminuição de pena reconhecida pelos jurados, aplico a fração máxima de diminuição, ante a ausência de circunstâncias judiciais que fundamentem o contrário (posto que a pena base foi também aplicada no mínimo legal), diminuindo a reprimenda de 2/3 (dois terços), resultando a pena concreta e definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão.

Nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, fixo o regime inicial de cumprimento de pena semiaberto.

EM FACE DO EXPOSTO,

Conheço dos apelos, para negar provimento ao recurso interposto por Rita Ribeiro da Silva, e, em dissonância com o parecer ministerial, dar parcial provimento ao apelo de Francisco Iranildo de Sousa Coutinho, para retificar a pena aplicada pelo delito de homicídio duplamente qualificado tentado para 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto.

É como voto.

Fortaleza, 8 de abril de 2014

PROCESSO: 0000051-88.2010.8.06.0140 - APELAÇÃO
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARA
APELADO: VALDENOR BRAUNA DE SOUSA
RELATOR: DESEMBARGADOR HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 147 DO CÓDIGO PENAL. PENA MÁXIMA *IN ABSTRATO* COMINADA EM 6 (SEIS) MESES DE DETENÇÃO. DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS RECURSAIS.

1 – O art. 61 da Lei nº 9.099/95 considera de menor potencial ofensivo os crimes em que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

2 – Interposto recurso de apelação da sentença condenatória por crime considerado como de menor potencial ofensivo, a competência para julgar o mencionado inconformismo é de uma das Turmas Recursais.

ACÓRDÃO

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 declinar de sua competência para apreciar o presente recurso, remetendo-se os autos a uma das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a quem cabe julgar a presente apelação, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 1º de abril de 2013.

RELATÓRIO

Valdenor Braúna de Sousa foi condenado à 4 (quatro) meses de detenção, pela prática do crime previsto no art. 147, do Código Penal Brasileiro.

Inconformado com os termos do **decisum**, apresentou o representante ministerial oficiante na Comarca de origem o presente recurso, onde requer a nulidade

da sentença em face do recebimento da denúncia haver se operado com a ausência de condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação penal.

Inobstante tenha o apenado sido intimado para contra-arrazoar o apelo, manteve-se silente.

Remetidos os autos à Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Peço data para julgamento.

VOTO

Ao que se observa, falece competência a este Tribunal para apreciar o presente recurso, porquanto o art. 61 da Lei n° 9.099/95 considera de menor potencial ofensivo os crimes em que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Dispõe a redação do art. 61:

> Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

No caso dos autos, o acusado foi denunciado como incurso nas sanções do art. 147, do Código Penal, que tem pena prevista de 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, ou multa, incluindo-se, portanto, no rol dos crimes considerados de menor potencial ofensivo.

Assim, por entender que é das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais a competência para apreciar o presente recurso, a teor do art. 82 da Lei n° 9.099/95, declino da competência para apreciar o feito, determinando-se, em consequência, a remessa dos autos para distribuição do recurso a uma das Turmas Recursais.

É como voto.

Fortaleza, 1º de abril de 2013.

PROCESSO N.°: 0000590-39.2006.8.06.0158
TIPO DE PROCESSO: APELAÇÃO CRIMINAL
ORIGEM: JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE RUSSAS/CE
APELANTE: CLODOALDO DA SILVA TOMAZ
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO GOMES DE MOURA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. RÉU CONDENADO NAS TENAZES DO ART. 157, § 2º, I e II, DO CPB. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PRELIMINARES. I. PLEITO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL AO RÉU MENOR DE 21 ANOS. QUESTÃO SUPERADA. DESNECESSIDADE EM FACE DA LEI Nº. 10.792/2003. ACUSADO ACOMPANHADO DE DEFENSOR POR OCASIÃO DO INTERROGATÓRIO. II. NULIDADE DO FEITO POR INÉPCIA DA DENÚNCIA. INVIABILIDADE. PARTICIPAÇÃO DO APELANTE EXPOSTA DE FORMA DETALHADA NA INICIAL ACUSATÓRIA. GARANTIA AO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS E DE MENOR PARTICIPAÇÃO DO RECORRENTE NO FATO DELITIVO. INOCORRÊNCIA. COMPROVADAS A MATERIALIDADE E A AUTORIA. DECRETO CONDENATÓRIO LASTREADO NA ROBUSTEZ DA PROVA COLIGIDA AOS AUTOS. DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA CARGA PENAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANDO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ELENCADAS NO ART. 59 DO CPB. MALFERIMENTO AO SISTEMA TRIFÁSICO

PREVISTO NO ART. 68 DO CPB E AO ART. 93, IX, DA CF/88. PROVIMENTO DO RECURSO, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL.

Rejeita-se, *ab initio*, a prefacial de nulidade suscitada pela defesa do apelante, sob o argumento de que não houve a nomeação de curador especial por ocasião de seu interrogatório, tanto em solo policial como durante a instrução criminal, pois desde a entrada em vigor do novo Código Civil (Lei nº. 10.406/2002), não se afigura necessária a nomeação de curador especial ao indiciado/acusado menor de 21 (vinte e um) anos.

Demais disso, conforme se vê pela leitura do termo de audiência acostado às fls. 50 do Volume I dos autos, constata-se sem maior esforço que o apelante Clodoaldo da Silva Tomaz, foi interrogado na presença de seu defensor, Dr. Francisco Sérgio Cordeiro de Sousa, razão pela qual descabe falar em qualquer prejuízo para a defesa ou malferimento aos direitos e garantias constitucionais outorgadas em favor do acusado/apelante.

Em relação à segunda preliminar suscitada, de inépcia da denúncia, por descrição genérica dos fatos e por ausência de individualização da conduta de cada um dos réus, impõe-se sua rejeição, porque a peça acusatória, ao contrário do que alegado, contém a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação dos acusados, a classificação penal das imputações e o rol de testemunhas, em conformidade com o art. 41 do CPP, oportunizando ao réu e ora apelante o exercício pleno do direito à ampla defesa, não estando configurada a nulidade alegada.

Havendo provas que o apelante teve efetiva participação no roubo, não há que se falar em participação de menor importância, pois participou ativamente de todas as fases do *iter criminis*.

Noutro giro, no que pertine ao pedido de redução da carga penal, sob o argumento de que a reprimenda restou fixada acima do patamar mínimo, sem a devida e necessária fundamentação, entendo que assiste razão ao recorrente, pois

verifico que o magistrado singular, com o devido respeito, laborou em equívoco quando da operação dosimétrica, descuidando de analisar fundamentadamente as circunstâncias judiciais alinhadas no art. 59 do Código Penal e invertendo as fases previamente estabeleciddas pelo art. 68 do referido diploma legal, malferindo a um só tempo o sistema trifásico exigido pelo citado art. 68 do CPB e o art. 93, IX, da CF/88.
Redimensionamento da reprimenda, restando cominada em desfavor do apelante a pena de 6 (seis) de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.
Recurso provido, em consonância com o parecer ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Crime, acordam os Desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso interposto, dando-lhe provimento, nos termos do voto do eminente relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Clodoaldo da Silva Tomaz, inconformado com a sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Russas/CE, que o condenou nas tenazes do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, aplicando-lhe a pena de 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa, cada um à base de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Em suas razões (fls. 157/165), a defesa do apelante alega, primeiro como preliminar, a nulidade do feito em razão do acusado, menor de vinte e um anos à época do fato, não ter sido assistido por um curador especial, tanto na fase inquisitorial como durante a instrução processual, bem como suscita a nulidade da sentença em face da inépcia da denúncia, aduzindo que o órgão acusador descuidou de individualizar as condutas dos réus no bojo da inicial acusatória.

No mérito, afirma que o decreto condenatório foi exarado em contrariedade à prova dos autos, deixando o juiz sentenciante de levar em consideração a menor participação do recorrente no fato delitivo, além de se insurgir quanto ao capítulo da

dosimetria da pena, sob o argumento de que a reprimenda imposta ao apenado revelou-se exacerbada e carente de fundamentação adequada.

Com esteio em tais considerações, requer a anulação do feito e, subsidiariamente, a reforma da sentença condenatória, a fim de que seja admitida a hipótese de menor participação do apelante, a fim de ser-lhe imposta a pena no patamar mínimo.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 169/180).

Remetidos os autos à consideração desta Corte, a douta Procuradoria de Justiça exarou parecer opinando pelo conhecimento e parcial provimento do recurso defensivo (fls. 218/224).

Após regular transferência, vieram-me os autos conclusos em 31 de julho de 2013.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Recurso próprio e tempestivo, razão pela qual dele conheço.

Como já relatado, trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa de Clodoaldo da Silva Tomaz, adversando a sentença condenatória exarada pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Russas/Ce, que o condenou por infração ao disposto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal Brasileiro, aplicando-lhe a pena de 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa, cada um à base de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

A denúncia, no que importa, foi lavrada nos seguintes termos:

> "Consta da peça inquisitorial que na noite do dia 28 de dezembro de 2005, por volta das 19h:30min, na localidade de Sítio Melancias, na zona rural do Município de Russas/CE, os acusados Clodoaldo da Silva Tomaz, Francisco Germano de Oliveira e Raimundo Vitoriano de Carvalho Neto, agindo em concurso, praticaram roubo figurando como vítima José Sombra de Araújo. Ainda de acordo com a inicial acusatória, a citada vítima, em suas declarações, informou que na note de 28/12/2005, por volta das 19h:30min, estava em seu comércio, sozinho, quando ali adentraram três pessoas, no caso os ora denunciados, momento em que o primeiro destes pediu um refrigerante e um pacote de bolachas. A vítima ao perceber que se tratava de um assalto passou a sair de seu comércio, com objetivo de entrar em residência, porém, em ato contínuo, o primeiro delatado sacou de uma arma

> e anunciou o roubo, em seguida o segundo denunciado partiu para agredir a vítima, tendo esta reagido "tacando a mão nos peitos dos dois primeiros acusados" e correndo para a estrada, quando ouviu os disparos de arma de fogo e foi atingida por um projétil em sua perna.
> Consta ainda dos autos que enquanto os dois primeiros acusados atacavam a vítima, o terceiro acriminado entrou no comércio, apanhou um capacete, um par de sapatos, um relógio e quantia de R$ 200,00 (duzentos reais). A indefesa vítima, após sofrer a ação dos acusados, retornou a seu comércio, ligou para a polícia e foi para o hospital."

Inconformado com os termos do decreto condenatório, alega o apelante, em linhas gerais, o seguinte:

> 1. Em sede de preliminar, sustenta a nulidade do feito em razão do acusado, menor de vinte e um anos à época do fato, não ter sido assistido por um curador especial, tanto na fase inquisitorial como durante a instrução processual, suscitando ainda a nulidade da sentença em face da inépcia da denúncia, aduzindo que o órgão acusador descuidou de individualizar as condutas dos réus no bojo da inicial acusatória e;
>
> 2. No mérito, afirma que o decreto condenatório foi exarado em contrariedade à prova dos autos, deixando o juiz sentenciante de levar em consideração a menor participação do recorrente no fato delitivo, além de se insurgir quanto ao capítulo da dosimetria da pena, sob o argumento de que a reprimenda imposta ao apenado revelou-se exacerbada e carente de fundamentação adequada.

Com supedâneo em tais razões, requer, primeiro como preliminar, a declaração de nulidade do feito e, no mérito, a reforma da sentença, para que seja reconhecida a menor participação do apelante no fato delitivo e, como consequência, a aplicação da reprimenda no patamar mínimo.

Após análise acurada do conjunto probatório coligido aos autos, penso que o apelo merece parcial provimento. Vejamos.

Por ser prejudicial ao exame do mérito recursal, urge, de antemão, enfrentar as preliminares suscitadas pelo apelante.

1ª PRELIMINAR – NULIDADE DO FEITO EM FACE DO ACUSADO, MENOR DE VINTE E UM ANOS À ÉPOCA DO FATO, NÃO TER SIDO ASSISTIDO POR CURADOR ESPECIAL QUANDO DE SEU INTERROGATÓRIO EM SOLO POLICIAL E DURANTE O CURSO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

Rejeita-se, *ab initio*, a prefacial de nulidade suscitada por Clodoaldo da Silva Tomaz, sob o argumento de que não houve a nomeação de curador especial por ocasião de seu interrogatório em solo policial e durante a instrução do feito criminal, pois desde a entrada em vigor do novo Código Civil (Lei nº. 10.406/2002), não se afigura necessária a nomeação de curador especial ao indiciado/acusado menor de 21 (vinte e um) anos.

A questão encontra-se pacificada, inclusive, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Tribunal, que houve por editar a Súmula nº. 352, redigida nos seguintes termos:

> SÚMULA 352: "NÃO É NULO O PROCESSO PENAL POR FALTA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR AO RÉU MENOR QUE TEVE A ASSISTÊNCIA DE DEFENSOR DATIVO."

De fato, conforme se depreende da leitura do termo de audiência acostado às fls. 50 do Volume I do caderno processual, constata-se sem maior esforço que o apelante Clodoaldo da Silva Tomaz, foi interrogado na presença de seu defensor, Dr. Francisco Sérgio Cordeiro de Sousa, razão pela qual descabe falar em qualquer prejuízo para a defesa ou malferimento aos direitos e garantias constitucionais outorgadas em favor do acusado/apelante.

Outrossim, após o advento da Lei nº. 10.792/2003, que expressamente revogou o art. 194 do Código de Processo Penal, acarretando a revogação tácita dos artigos 15, 262 e alínea *c*, do inciso III do art. 564, todos do CPP, mostra-se desnecessária a nomeação de curador a réu menor de 21 anos. Anote-se em relação ao tema:

> **APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PRELIMINARES DE NULIDADE - CITAÇÃO IRREGULAR - AUSÊNCIA DE CURADOR AO MENOR DE 21 ANOS - INOCORRÊNCIA - LEI Nº. 10.792/03 - MÉRITO - MATERIALIDADE E AUTORIA EVIDENCIADAS - DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PRELIMINARES REJEITADAS - RECURSO NÃO PROVIDO.** A Lei nº. 10.792/2003 acabou com a figura do curador ao réu menor de 21 (vinte e um) anos, revogando expressamente o art. 194 do Código de Processo Penal, não havendo, por isso, que se cogitar em nulidade do feito, na ausência daquele durante o interrogatório do réu maior que 18 (dezoito) anos e menor de 21 (vinte e um) anos. (...)
> (TJ/MG - Apelação Criminal 1.0704.08.128071-8/001, Relator (a): Des.(a) Fernando Starling, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/02/2010, publicação da sumula em 03/03/2010).

Sobre a temática, cabe, no momento, transcrever trecho do bem lançado parecer ministerial de fls. 218/224, o qual acolho sem qualquer ressalva. Eis o pronunciamento da Procuradoria Geral de Justiça sobre a matéria:

> "Entretanto, tal alegação da defesa não se coaduna com o sistema normativo hoje em vigor nem com a jurisprudência sumulada do STF. Com efeito, o dispositivo ventilado pelo nobre defensor encontra-se revogado, desde o advento da Lei 10.792/03, consoante bem alertou a acusação. Ademais, a súmula 353, do STF, é explícita em orientar que não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo. Nesse contexto, importa ressaltar que o recorrente foi assistido por defesa técnica (fls. 48/49). Pelas mencionadas razões, é assente que tal prejudicial não deve ser acolhida."

Logo, firme em tais considerações, rejeito a primeira preliminar arguida.

2ª PRELIMINAR – NULIDADE DO FEITO POR INÉPCIA DA DENÚNCIA, DESCUIDANDO O ÓRGÃO MINISTERIAL DE INDIVIDUALIZAR AS CONDUTAS POR OCASIÃO DA APRESENTAÇÃO DA INICIAL ACUSATÓRIA.

Requer o apelante a declaração de nulidade da sentença condenatória, qualificando a denúncia apresentada pelo Ministério Público de inepta, na medida em que, segundo entendimento esboçado pelo patrono do apenado, descuidou o *Parquet* de individualizar as condutas dos denunciados, incluindo o ora apelante, sem explicitação pelo órgão acusador da forma de co-autoria ou de participação de cada um dos acriminados, prejudicando a defesa e atingindo frontalmente o decreto condenatório.

Sem razão, data vênia.

Reportando-me aos termos da inicial acusatória, verifico que a simples leitura da peça delatória permite a conclusão de que os fatos nela denunciados estão descritos de forma precisa e clara, garantindo ao réu e à sua defesa técnica o exercício irrestrito da ampla defesa (fls. 02/05).

No ponto, registro que a peça acusatória contém a exposição dos fatos criminosos, com todas as suas circunstâncias, a qualificação dos acusados, a classificação dos crimes e o rol de testemunhas, em absoluta conformidade com o art. 41 do CPP, oportunizando ao réu e aos demais corréus, o exercício pleno do direito à ampla defesa. Portanto, a peça vestibular contém todos os requisitos formais exigidos, pois descreve os fatos, o *modus operandi* em cada um deles, imputa-os a três denunciados, classifica-os e apresenta rol de testemunhas, não havendo falar em inépcia, portanto.

De outro lado, também não prospera a alegação de inépcia da denúncia por não pormenorizar a conduta específica de cada réu nas imputações delituosas, inclusive porque os Tribunais Superiores já pacificaram a orientação de que, em casos de crimes praticados em concurso de agentes e quando a prova investigatória policial não viabiliza a individualização minuciosa da conduta de cada imputado, a sua exposição pode ser feita de maneira genérica, desde que propicie o exercício da ampla defesa pelos acusados.

No tópico, para exemplificar, invoco recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> **EMENTA: HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. QUADRILHA ARMADA. INTEGRANTE DA MILÍCIA INTITULADA COMO LIGA DA JUSTIÇA. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REAL PERICULOSIDADE DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. AMEAÇA A TESTEMUNHAS E VÍTIMAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA INEXISTENTE. PARECER PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.**
>
> Sendo induvidosa a ocorrência do crime e presentes suficientes indícios de autoria, não há ilegalidade na decisão que determina a custódia cautelar do paciente, se presentes os temores receados pelo art. 312 do CPP.
>
> *In casu*, além da materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria, a decretação da constrição cautelar fundou-se, primordialmente, na necessidade de preservar a ordem pública e a instrução criminal, em razão da real periculosidade do paciente que faz parte de quadrilha armada (milícia intitulada como Liga da Justiça) que causa grande temor na Região de Rio das Pedras (Zona Oeste do Município do Rio de Janeiro), acusada de vários crimes, dentre eles: extorsões, homicídios, exploração de transporte alternativo, ameaça e lavagem de dinheiro.
>
> A preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência.
>
> **O trancamento da Ação Penal por meio de Habeas Corpus é medida excepcional, somente admissível quando transparecem dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade**, hipóteses não evidenciadas no caso concreto.
>
> Ao contrário do que alega a impetração, a denúncia descreve como teriam ocorrido e em que circunstâncias se deram os fatos, possibilitando a mais ampla defesa, não havendo que se falar em inépcia.
>
> Não se desconhece que a veracidade das imputações deverá ser comprovada no decorrer da Ação Penal, quando serão produzidas as provas, pela acusação e pela defesa, sendo prematura, por ora, a interrupção do processo.
>
> **Tem-se admitido a denúncia genérica, em casos de crimes com vários**

> **agentes e condutas ou que, por sua própria natureza, devem ser praticados em concurso, quando não se puder, de pronto, pormenorizar as ações de cada um dos envolvidos, sob pena de inviabilizar a acusação. O importante é que os fatos sejam narrados de forma suficientemente clara, possibilitando o amplo exercício do direito de defesa, como se verifica no caso sub judice, pois os acusados se defendem dos fatos e não da tipificação feita pelo Ministério Público.**
> Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.
> (HC Nº. 105.166/RJ, 5ª Turma do STJ, Min.: NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 11/10/2010 - grifei).

Ademais, ainda que admitido pela doutrina e pela jurisprudência, em certos casos, a apresentação de denúncia genérica, notadamente diante de crimes de autoria coletiva, reservando à fase de instrução a especificação das condutas de cada um dos partícipes ou autores, na hipótese dos autos, vejo que o Ministério Público logrou êxito em individualizar a conduta do ora apelante, consignando de forma expressa, com base no relato da vítima, que o recorrente adentrou em seu comércio, pediu um refrigerante e um pacote de bolachas e, quando a vítima percebeu que se tratava de um assalto, o 1º delatado (ora recorrente) sacou de uma arma e anunciou o roubo. Relatando posteriormente que, enquanto o apelante e um dos comparsas atacavam a vítima, o terceiro subtraía dinheiro e vários objetos do comerciante, o que demonstra a adequação da denúncia aos parâmetros legais e permitindo ao acusado o exercício da ampla defesa.

Portanto, em face das razões acima expendidas, rejeito a segunda preliminar aventada pela defesa.

MÉRITO.

No mérito, alega o apelante que a sentença recorrida foi exarada em desconformidade com o conjunto probatório coligido aos autos, argumantando inexistir nos autos prova de que o apelante Clodoaldo tenha feito uso de arma de fogo e de que a vítima realmente tenha sido atingida à bala.

Sustenta, ademais, que o comportamento delitivo do apelante mostrou-se diverso e bem menor na sua intensidade em comparação com o comportamento dos demais apenados Raimundo Vitoriano e Francisco Germano de Oliveira, razão pela qual suplica pelo reconhecimento da causa de diminuição pela participação de menor importância do apelante no evento delituoso.

Em relação ao argumento de julgamento contrário à prova dos autos e da inexistência de provas de que o apelante tenha feito uso de arma de fogo e de que a

vítima tenha sido atingida, penso que melhor sorte não socorre o apelante.

A materialidade do delito restou devidamente comprovada nos autos através do auto de apresentação e apreensão de fls. 08 e o termo de restituição acostado às fls. 17 dos autos.

Igualmente, a despeito da negativa do acusado na fase judicial, a autoria delitiva releva-se induvidosa, sobretudo em face das firmes declarações da vítima, em plena harmonia com as demais provas acostadas aos autos.

A vítima José Sombra Araújo, tanto na fase policial, como no azo do interrogatório judicial é firme quanto à dinâmica dos fatos e reconhecimento do apelante como uma dos autores do crime de roubo. Em juízo, ele afirma:

> "que é verdade que foi vítima de um assalto no dia 28 de dezembro de 2005, quando os três acusados, de cara limpa, chegaram ao comércio do declarante e anunciaram o assalto; que os três acusados deixaram a moto afastada e chegaram no comércio a pé; **que Clodoaldo pediu um refrigerante e um pacote de bolacha e os outros dois permaneceram próximo à vítima; que o declarante notou alguma coisa errada e ao se levantar, Clodoaldo anunciou o assalto e os outros dois acusados partiram para segurar o declarante; que Clodoaldo estava armado com o revólver calibre 38 e ainda tinha uma arma com os outros dois, não sabendo que tipo era; que o declarante tacou a mão nos peitos dos dois acusados com o intuito de correr, momento em que os acusados efetuaram cinco ou seis disparos, tendo um atingido a perna direita do declarante; que após os disparos os acusados levaram do comércio em torno de R$ 200,00 (duzentos reais), um relógio, um par de sapatos novo e um capacete; que o capacete foi devolvido posteriormente**; que o assalto foi por volta de 09:30 horas da noite, o declarante ficou na estrada chamando o povo, mas os acusados correram antes; que o declarante não conhecia os acusados, mas segundo comentários, os mesmos a (*sic*) dias andavam na região de Melancias e Ilhota; que na região os acusados fizeram outras vítimas, no caso uma delas teve a moto roubada; que os acusados estavam aterrorizando a região e após a prisão deles, a região ficou calma; que na delegacia reconheceu Clodoaldo e tomou conhecimento que os outros dois confessaram o crime; que o declarante já havia sido roubado uma vez, mas foi em 1999; (...)." (fls. 75). (destaquei).

Sabe-se que em sede de crimes patrimoniais, cometidos normalmente na clandestinidade, a palavra da vítima é de extrema relevância probatória à demonstração das circunstâncias em que ocorreu a subtração.

Neste sentido a jurisprudência de nossos tribunais:

> **APELAÇÃO - ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS - AUTORIA**

> **E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA - CONDENAÇÃO - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO.** - Não há falar em absolvição do acusado, quando o conjunto probatório demonstra de forma clara e inconteste que foi ele o autor do crime de roubo delineado na peça de intróito. - A palavra da vítima nos crimes patrimoniais, geralmente praticados na clandestinidade, assume relevante valor probatório, mormente quando em consonância com as demais provas dos autos. - Recurso provido.
> (TJ-MG - APR: 10701120256923001 MG , Relator: Agostinho Gomes de Azevedo, Data de Julgamento: 13/03/2014, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 21/03/2014).

> **APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL). PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. RECONHECIMENTO DO ACUSADO. ACERVO PROBATÓRIO CONGRUENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECONHECIMENTO PESSOAL. PEDIDO DE DECRETAÇÃO DA NULIDADE. REQUISITOS DO ART. 228, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TESE AFASTADA. RECONHECIMENTO EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA E RATIFICADO EM JUÍZO. RECURSO DESPROVIDO.** a) Mantém-se a condenação pela prática do delito de roubo majorado quando comprovadas a autoria e a materialidade. b) A declaração da vítima, em crimes como o de roubo, possui relevante valor para o deslinde dos fatos e serve de base para o decreto condenatório. c) É válido o reconhecimento pessoal, mesmo sem a observância de todas as formalidades legais, se em consonância com outros elementos de prova e ratificação em Juízo.
> (TJ-PR 8666508 PR 866650-8 (Acórdão), Relator: Rogério Kanayama, Data de Julgamento: 15/03/2012, 3ª Câmara Criminal).

Por sua vez, o codenunciado Raimundo Vitoriano de Carvalho Neto, no azo de seu interrogatório judicial, ratificando os termos do depoimento prestado em solo policial, confirmou o apelante como um dos autores do roubo praticado em desfavor da vítima José Sombra Araújo:

> "(...) **que no dia do fato foi convidado, assim como o 2º réu, pelo "Clodoaldo" para praticar o roubo; que planejaram o crime e se dirigiram de bicicleta para o comércio da vítima; que por volta das 19:00 horas chegaram no local estando os dois outros réus armados com revólveres, mas o interrogado não; que os outros dois réus anunciaram o assalto e a vítima ainda tentou reagir, mas percebendo a desvantagem, saiu do local correndo; que não havia outras pessoas no local; que permaneceu sempre mais atrás, pois estava desarmado; que ao correr**

> **a vítima foi alvejada com um tiro, disparado pelo "Clodoaldo"; que enquanto os outros dois cuidavam da vítima, o interrogando apanhou o dinheiro existente dentro de uma caixa, bem como um capacete, um relógio e um par de sapatos novo; que o dinheiro girava em torno de R$ 200,00 (duzentos reais); que até aquela hora não percebeu que a vítima fora atingida, pois a mesma correu e distanciou-se do comércio; que após apanhar os objetos retornaram para suas casas; que além do fato denunciado, os três réus praticaram um outro assalto, na redondez de onde moram, mas não conhece a vítima. indagado na forma do art. 187 do cpp respondeu: que estava no local e momento descritos na denúncia; que desconhece as provas contra si apurados; que já conhecida os outros réus, a vítima, mas não as testemunhas, nada tendo contra as mesmas; que confessa a autoria; que a arma do crime pertencia a cada um dos outros dois réus**; que foi preso em sua casa e está custodiado no presídio de jaguaruana, por porte ilegal de arma de fogo; (...)." (fls. 62v). (destaquei).

Na mesma linha, o depoimento prestado pelo corréu Francisco Germando de Oliveira, tomado no curso da instrução, também apontando o apelante como um dos autores do crime de roubo, narrando os fatos da seguinte forma:

> " (...) **que no dia do fato, ainda pela manhã, foi convidado, assim como o 3º réu, pelo "Clodoaldo" para praticar o roubo; que planejaram o crime e se dirigiram de bicicleta para o comércio da vítima; que por volta das 19:30 horas chegaram no local estando o 1º réu e o interrogando armados com revólveres, mas o "Raimundinho" não; que o interrogando e o 1º réu anunciaram o assalto e a vítima ainda tentou reagir, mas percebendo a desvantagem, saiu do local correndo; que não havia outras pessoas no local; que o 3º réu permaneceu sempre mais atrás, pois estava desarmado; que ao correr a vítima foi alvejada com um tiro, disparado pelo "Clodoaldo"; que enquanto o interrogando e o 1º réu cuidavam da vítima, o "Raimundinho" apanhou o dinheiro existente dentro de uma caixa, bem como um capacete, um relógio e um par de sapatos novo; que o dinheiro girava em torno de R$ 200,00 (duzentos reais); que durante a fuga perderam o sapato e o relógio, tendo dividido após apenas o dinheiro; que o capacete ficou com o "Raimundinho"; que após apanhar os objetos retornaram para suas casas; que além do fato denunciado, os três réus praticaram um outro assalto, na redondeza de onde moram, mas não conhecem as vítimas, pois foi durante uma festa de aniverário e havia várias pessoas. Indagado na forma do art. 187 do CPP, respondeu: que estava no local e momento descritos na denúncia; que desconhece as provas contra si apuradas; que já conhecia os outros réus, a vítima, mas não as testemunhas, nada tendo contra as mesmas; que confessa a autoria; que a arma utilizada por si pertencia ao "Clodoaldo"** e a arma utilizada pelo 1º réu pertencia ao "Raimundinho"; que foi preso na casa do "Raimundinho" e está custodiado no presídio de Jaguaruana, por porte ilegal de arma de fogo; (...) (fls. 63v). (destaquei).

Da mesma forma, incontroverso o emprego de arma e concurso de pessoas para a prática do roubo, diante da prova oral produzida.

Sendo inquestionáveis a materialidade e a autoria, prosseguindo, não há que se falar em reconhecimento da participação de menor importância do apelante no fato delitivo, como pretende a defesa.

Há que se dizer, de logo, que a incidência da causa de diminuição prevista no § 1º, do art. 29, do CPB, só é possível quando demonstrado que o partícipe pouco tomou parte na prática criminosa, tendo colaborado de forma mínima para o delito, hipótese em que deve ter sua pena diminuída de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

Efetivamente, não é esta a hipótese contemplada nos autos.

Com efeito, embora o apelante tenha negado em juízo a autoria delitiva, alterando a versão apresentada perante a autoridade policial, constata-se pelas declarações da vítima, prestadas com riqueza de detalhes e corroboradas pelos depoimentos dos outros dois sentenciados, que o apelante Clodoaldo da Silva Tomaz, na verdade, além de ter efetuado disparos contra a vítima, teve a iniciativa do assalto, convidando os outros dois apenados a participar do roubo.

De tal sorte, diante da relevância da conduta do apelante para o sucesso da empreitada, a ele se estende a responsabilidade pelo roubo, por força do artigo 29, *caput*, do Código Penal.

Sobre o tema, ensina o doutrinador Rogério Greco:

> "O parágrafo, contudo, somente terá aplicação nos casos de participação (instigação e cumplicidade), não se aplicando às hipóteses de co-autoria. Não se poderá falar, portanto, em co-autoria de menor importância, a fim de atribuir a redução de pena a um dos co-autores.
> Isto porque, de acordo com a posição adotada pela teoria do domínio funcional do fato, observando-se o critério de distribuição de tarefas, co-autor é aquele que tem o domínio funcional do fato que lhe fora atribuído pelo grupo, sendo a sua atuação, assim, relevante para o sucesso da empreitada criminosa.
> Dessa forma, toda atuação daquele que é considerado co-autor é importante para a prática da infração penal, não se podendo, portanto, falar-se em participação de menor importância"
> (CONCURSO DE PESSOAS, Mandamentos, 2000, págs. 70/71).

Assim, descabe falar em participação de menor importância do apelante, desmerecendo, neste ponto, seja reformada a r. sentença fustigada.

Todavia, no que pertine ao pedido de redução da carga penal, sob o argumento de que a reprimenda restou fixada acima do patamar mínimo, sem a devida e

necessária fundamentação, entendo que assiste razão ao recorrente, pois verifico que o magistrado singular, com o devido respeito, laborou em equívoco quando da operação dosimétrica, descuidando de analisar fundamentadamente as circunstâncias judiciais alinhadas no art. 59 do Código Penal e invertendo as fases previamente estabeleciddas pelo art. 68 do mesmo diploma legal, malferindo a um só tempo o sistema trifásico exigido pelo citado art. 68 do CPB e o art. 93, IX, da CF/88.

Sobre à indispensabilidade de fundamentação por ocasião da análise das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CPB, o entendimento acima exposto não discrepa da jurisprudência consolidada em nossos tribunais. Confira:

> **APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA. TESTEMUNHOSCOLHIDOSSOBOCRIVODOCONTRADITÓRIO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ANÁLISE DEFICIENTE. DUAS MAJORANTES. AUMENTO DA REPRIMENDA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REDUÇÃO DA PENA. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. CUSTAS. ISENÇÃO. LEI ESTADUAL N.º 14.939/03.** - Havendo prova cabal da materialidade e autoria do crime de roubo descrito na denúncia, consubstanciada na palavra da vítima, em consonância com testemunhos colhidos sob o crivo do contraditório, resulta inviável a absolvição ou mesmo o decote da majorante do concurso de agentes. - A análise deficiente das circunstâncias judiciais enseja a correção pela instância revisora e consequente redução da pena imposta ao réu. - "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça). - O condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto, sobretudo quando preponderantemente favoráveis as circunstâncias judiciais. - Nos termos do artigo 10, II, da Lei Estadual n.º 14.939/03, são isentos do pagamento das custas processuais os que provarem a insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária.
> (TJ-MG - APR: 10481130020649001 MG , Relator: Renato Martins Jacob, Data de Julgamento: 22/01/2014, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 03/02/2014).

> **PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155, §§ 2.º E 4.º, I, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.**

> **FLAGRANTE ILEGALIDADE. (3) APLICAÇÃO DO § 2.º DO ART. 155 DO CP. SUBSTITUÍDA A PENA DE RECLUSÃO POR DETENÇÃO. ADEQUAÇÃO. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.** 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009). Não constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base considerar a circunstância judicial relativa às consequências do crime como desfavorável, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz particularidade fática capaz de dar supedâneo às suas considerações (a vítima não recuperou os bens subtraídos). 3. A ausência de justificativa pelo Juízo, quanto à escolha de uma das formas de privilégio previstas no artigo 155, § 2.º, do Código Penal, viola o princípio do livre convencimento motivado, malferindo o disposto no art. 93, IX, da Constituição da República, contudo, não é o que ocorre na espécie. In casu, fica mantida a aplicação do art. 155, § 2.º, do Código Penal, nos termos do decisum prolatado pela Corte estadual (substituição da pena de reclusão por detenção), eis que a fundamentação apresentada revela-se idônea. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena-base para 2 (dois) anos de detenção, mais 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.
> (STJ, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 24/04/2014, T6 - SEXTA TURMA).

Diante de tais considerações, especificamente neste ponto, vejo que a pretensão recursal merece acolhida, impondo-se o redimensionamento da pena imposta ao apelante, com inteira observância das diretrizes consignadas nos já mencionados dispositivos legais, o que faço nos termos seguintes:

1ª FASE (PENA-BASE)

No que toca à culpabilidade, conforme emerge da prova coligida aos autos, principalmente as declarações prestadas pela vítiima (fls. 75) e pelos depoimentos prestados pelos outros corréus (fls. 62v e 63v), a conduta levada a efeito pelo apelante revelou acentuado grau de censurabilidade, extrapolando a culpabilidade comum à espécie delitiva prevista no art. 157 do Código Penal, notadamente porque agiu o recorrente com premeditação, tomando a iniciativa da empreitada delitiva, convidando os demais apenados para a consecução do evento criminoso.

Por sua vez, as circunstâncias do crime também se encontram relatadas nos autos, a teor da prova oral produzida, demonstrando uma maior ousadia do apenado em sua execução, uma vez que, segundo relatado pela vítima (fls. 75), o fato delitivo foi perpetrado por três agentes, sendo que dois dos acusados, dentre eles o apelante, fazendo uso de arma de fogo, efetuaram contra ela (vítima) cinco ou seis tiros, sendo que um dos disporos a atingiu na perna direita.

Lado outro, após exame de todo o conjunto probatório materializado nos autos, ao contrário das circunstâncias acima analisadas (culpabilidade e circunstâncias do crime), vê-se que os demais vetores alinhados no art. 59 do Código Penal, relativos aos antecedentes, conduta social, personalidade do acusado, os motivos e o comportamento da vítima se mostram comuns à espécie delitiva em questão, não podendo ser consideradas negativas em relação ao ora recorrente.

Assim, com base nas circunstâncias acima analisadas, impende seja fixada a pena-base acima do mínimo legal, a saber: 5 (cinco) anos de reclusão.

2ª FASE

No caso dos autos não incidem circunstâncias agravantes (arts. 61 e 62 do CPB) Todavia, conforme se percebe pela leitura do documento acostado às fls. 25, constata-se que o ora apelante, à época do fato delitivo (28/12/2005), era menor de 21 (vinte e um) anos de idade, nascido em 19/04/1987, impondo-se dessa maneira a aplicação da circunstância atenuante prevista no art. 65, I, do CPB, razão pela qual reduzo de 6 (seis) meses da pena-base.

Por tal motivo, resta a pena provisória fixada em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

3ª FASE

Tendo em vista as mojorantes consignadas nos incisos I e II do § 2º do art. 157 do Código Penal Brasileiro, sendo inequívoco como anteriormente afirmado o emprego de arma de fogo e o concurso de pessoas, a pena provisória é aumeentada na fração mínima de 1/3 (um terço), consoante autorizado pelo parágrafo 2º do artigo 157 do CPB.

Fica, portanto, cominada a pena privativa de liberdade equivalente a 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do CPB, tendo em vista que, embora o apelante não seja reincidente, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CPB lhe são desfavoráveis.

Diante de tais considerações, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço do recurso interposto, dando-lhe provimento, rejeitando as preliminares suscitadas, mas redimensionando a reprimenda imposta ao apelante Clodoaldo da Silva Tomaz, condenando-o a pena de 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, mantendo-se inalterada a sentença recorrida nos demais termos em que exarada.

É como voto.

Fortaleza, 10 de junho de 2014.

PROCESSO: 0068564-11.2008.8.06.0001 – APELAÇÃO
APELANTE: GILVANDRO GOMES LACERDA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 157, *CAPUT,* C/C ART. 14, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE CONFIRMADAS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1.Restando comprovadas nos autos a autoria e materialidade do delito descrito na denúncia, não há como acolher a pretensão da defesa em absolver o réu.

2.Na hipótese, ao contrário dos argumentos da defesa, há provas suficientes a sustentar a condenação do acusado, uma vez que o conjunto probatório revela a participação efetiva e dolosa do recorrente na empreitada criminosa, tendo sido a sua condenação baseada em provas contidas nos autos, obtidas sob o crivo do contraditório, não tendo o mesmo trazido elementos a sustentar a sua versão de inocência, nem mesmo a de que tinha recebido uma proposta de cunho sexual e por não aceitá-la foi agredido pela vítima, ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe competia e, portanto, incabível o pleito da defesa em absolvê-lo, devendo ser mantida sua condenação.

3.Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação crime, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime e em consonância com o parecer ministerial, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo réu, GILVANDRO GOMES LACERDA contra a sentença proferida pela Juíza de Direito da 15ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, a qual o condenou pela prática do crime descrito no art. 157, *caput*, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal.

O processo transcorreu de forma regular, sobrevindo a **sentença de fls. 85/90 (publicada em 30.03.2009 – fl. 90v)**, julgando procedente a denúncia, para condenar o acusado à **pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão**, a ser inicialmente cumprida em **regime aberto,** além do **pagamento de 10 (dez) dias-multa,** no valor correspondente a 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Irresignada com a sentença a defesa apelou, pretendendo em suas razões (fls. 108/112), **a absolvição do réu**, alegando a insuficiência de provas a sustentar a condenação do mesmo.

Contrarrazões apresentadas às fls. 116/119, requerendo a manutenção da sentença de primeiro grau.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 133/138, opinando pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto pelo réu, GILVANDRO GOMES LACERDA contra a sentença que o condenou pela prática do crime descrito no art. 157, *caput*, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal, à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor correspondente a 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Consta na denúncia que, no dia 06 de julho de 2008, por volta das 15:20h, a vítima o Sr. Raimundo Josias Alves de Freitas, transitava pelo calçadão C. Rolim, centro, nesta urbe, quando de inopino, fora atacado pelo denunciado que violentamente arrebatou-lhe a carteira porta-cédula que trazia nas mãos.

A vítima reagiu a ação do denunciado, travando luta corporal com o mesmo, conseguindo resgatar a *res furtiva,* continuando ainda a lutar com o mesmo, quando então, fora aconselhado por um segurança daquela região a procurar ajuda de uns Guardas Municipais que estavam de serviço na Praça dos Leões, estes de pronto,

diligenciaram em busca do meliante, que apontado pela vítima, fora abordado pelos mesmos.

Pretende a defesa a reforma da sentença para absolver o réu, alegando a inexistência de provas a sustentar a condenação.

Pois bem.

A materialidade delitiva encontra-se devidamente demonstrada nos autos através do Inquérito Policial.

Lado outro, no que concerne à autoria, não obstante a negativa do réu, esta se mostra inquestionavelmente comprovada através do contexto probatório.

Ao ser interrogado em juízo, o réu afirmou (mídia audiovisual) que ia passando no Calçadão C.Rolim, quando a vítima lhe chamou convidando-lhe para fazer um programa, e por ter se recusado, a vítima lhe deu uma tapa.

Na fase policial, o réu havia dito que não houve tentativa de roubo e que ia passando quando a vítima lhe chamou para pegar no pênis dela.

Entretanto, a versão apresentada pelo réu não merece crédito, vez que se encontra isolada e inverossímil, bem como fantasiosa diante das provas colhidas ao longo da instrução. Vejamos:

A testemunha, Angelo Silva Lorca, guarda municipal, afirmou em juízo (mídia audiovisual) que tomou conhecimento do fato através dos seguranças que estavam no local, logo depois chegando a vitima, que declarou que o acusado tinha lhe dado uma gravata tentando tomar sua carteira, tendo reagido e entrado em luta corporal com o mesmo. Disse, que a vítima passou as características do acusado tendo diligenciado e conseguido localizá-lo, tendo a vítima o reconhecido.

A testemunha, Luis Valdeci da Silva, guarda municipal, disse que a vítima lhe abordou dizendo que havia sofrido tentativa de roubo, apontando onde o acusado estava, bem como afirmou que o mesmo havia lhe dado uma gravata e tentou retirar sua carteira, tendo reagido e entrado em luta corporal com o mesmo. Disse, ainda, que tinha um vigilante que também confirmou o que havia acontecido, ou seja, viu a luta corporal entre acusado e vítima e que teria sido o acusado o autor da tentativa de assalto à vítima.

Por sua vez, a vítima, apesar de não ter sido ouvida na fase judicial, na fase policial, declarou que (fls. 13/14):

> "...transitava pelo Calçadão C.Rolim e ao alcançar a esquina da Rua Sena Madureira foi agredido pelo conduzido, o qual lhe aplicou uma gravata por trás e tentou lhe tomar a sua carteira de cédulas que conduzia nas mãos. Que reagiu à tentativa de roubo defendendo-se do ladrão, o esmurrando nas costelas até que o mesmo soltou sua carteira. Que depois de retomar

> sua carteira ainda trocou socos com o ladrão que continuava tentando lhe roubar. Que um segurança que estava nas proximidades o aconselhou a procurar ajuda de uns guardas municipais que estavam de serviço na Praça dos Leões. Que o declarante foi até a dita praça onde encontrou os guardas e relatou aos mesmos o fato ocorrido, tendo eles o acompanhado até a Rua Sena Madureira onde o declarante apontou o conduzido...".

Com efeito, é de se ressaltar que, nos delitos praticados na clandestinidade, como o de roubo, a palavra da vítima tem bastante relevância, desde que não destoem do conjunto probatório e que não encontrem, nos autos, indícios ou provas de que elas pretendam incriminar pessoas inocentes.

Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - **ROUBO MAJORADO** - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALDADE COMPROVADAS - **RELEVÂNCIA DA PALAVRA DAS VÍTIMAS -** PROVA TESTEMUNHAL - COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL - NÃO COMPROVAÇÃO - TENTATIVA - INOCORRÊNCIA - INVERSÃO DA POSSE DOS BENS - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - NÃO CONFIGURAÇÃO - CONDENAÇÃO MANTIDA.
> **- A palavra da vítima nos crimes patrimoniais, geralmente praticados na clandestinidade, assume relevante valor probatório, mormente quando em consonância com as outras provas dos autos.**
> - Havendo nos autos elementos suficientes para se imputar ao acusado a autoria dos crimes de roubo majorado, praticados em concurso formal, a manutenção da condenação é medida que se impõe.
> - Não tendo a alegação de ocorrência de coação moral irresistível sido acompanhada de mínimo suporte probatório, não havendo nos autos nenhum elemento que, ao menos sugerisse que o apelante tivesse sido submetido a esta condição, não há que se falar em aplicação do art. 22, do CPB.
> - Se a atuação do agente foi de fundamental importância para o sucesso da empreitada criminosa, revela-se a hipótese verdadeira de co-autoria, e não participação de menor importância.
> - Tem-se o delito de roubo consumado, quando, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ocorre a inversão da posse, perdendo o ofendido o controle de disposição dos bens subtraídos, ainda que por breve lapso temporal, sendo prescindível a posse mansa e pacífica do objeto subtraído.
> (Apelação Criminal 1.0024.11.213285-7/001, Rel. Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 31/01/2013, publicação da súmula em 08/02/2013)(grifei).

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - RECURSO DA DEFESA - ABSOLVIÇÃO - NEGATIVA DE AUTORIA - DELITO COMPROVADO - ACERVO PROBATÓRIO APTO A ENSEJAR O DECRETO CONDENATORIO - **PALAVRA DA VÍTIMA - VALIOSA PEÇA DE CONVICÇÃO -** CONDENAÇÃO MANTIDA - REDUÇÃO

> DA PENA E ABRANDAMENTO DO REGIME - POSSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - RECURSO DA ACUSAÇÃO - RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA - DESNECESSIDADE DE PERÍCIA - RECURSO PROVIDO.
> 1**. Tratando-se de delito praticado na clandestinidade, como o roubo, é de dar-se especial relevância às palavras das vítimas, como elemento de prova, desde que não destoem do conjunto probatório e que não se encontrem, nos autos, indícios ou provas de que elas pretendam incriminar pessoas inocentes** 2. Constatando-se que as circunstâncias judiciais do réu foram valoradas negativamente sem justificativa plausível, e que suas penas foram aplicadas com certa exasperação, atento aos contornos da prática ilícita, impõe-se a redução da pena imposta. 3. A ausência da apreensão da faca utilizada para a prática do delito de roubo e, por via de conseqüência, a falta de perícia não ilidem a incidência da majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, porquanto a palavra da vítima, despojada de qualquer ressentimento, é meio hábil a apontar o acusado como o agente que perpetrou o crime de roubo circunstanciado.
> (Apelação Criminal 1.0625.12.003034-5/001, Relator(a): Des.(a) Paulo Cézar Dias , 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/05/2013, publicação da súmula em 03/06/2013)(grifei).

Diante desse contexto, constata-se não haver credibilidade na versão apresentada pelo réu, vez que dissociadas das demais provas constantes nos autos, não havendo dúvidas de que o mesmo praticou o delito em questão, diante das declarações seguras prestadas pela vítima que, mesmo prestadas somente na fase policial não podem ser desprezadas, posto que em harmonia com os demais depoimentos testemunhais.

Assim, ao contrário dos frágeis argumentos da defesa, entendo que há provas suficientes a sustentar a condenação do acusado, uma vez que o conjunto probatório revela a participação efetiva e dolosa do recorrente na empreitada criminosa, tendo sido a sua condenação baseada em provas contidas nos autos, obtidas sob o crivo do contraditório, não tendo o mesmo trazido elementos a sustentar a sua inocência, nem mesmo a de teria recebido uma proposta de cunho sexual e, diante da recusa, teria sido agredido pela vítima, ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe competia e, portanto, incabível o pleito da defesa em absolvê-lo, devendo ser mantida sua condenação.

Quanto à dosimetria da pena, o julgador singular sopesou a pena aplicada ao recorrente com eficiência, nos termos do ordenamento jurídico vigente e em observância ao princípio da individualização da pena, bem como fixou em patamar necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime, atendendo ao princípio da proporcionalidade, mostrando equilíbrio entre o mal cometido e a retributividade da pena. Vejamos.

A pena base foi fixada em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, sendo aumentada em 06 (seis) meses, diante da agravante da reincidência e diminuída em 1/3 (um terço), em virtude de o delito ter sido cometido na modalidade tentada, ficando a reprimenda estabelecida de forma definitiva **em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.**

Saliento, ainda, que embora seja o réu **reincidente**, foi fixado o regime aberto e, assim, não pode ser modificado nesta instância, em face da ausência de recurso da acusação.

EM FACE DO EXPOSTO,

em consonância com o parecer ministerial, conheço do apelo, mas para **negar-lhe provimento**, mantendo a sentença recorrida nos termos em que foi proferida.

É como voto.

Fortaleza, 17 de dezembro de 2013

PROCESSO: 0806981-70.2000.8.06.0001
APELANTE/APELADO: EDUILTON NUNES TEIXEIRA JÚNIOR
APELANTE/APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ, JOSÉ MARIA PRIMO DE CARVALHO (ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO) E LEONILIA HILDA VERAS COELHO DE CARVALHO (ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO)
RELATOR: DES. PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. TRIBUNAL DO JÚRI. APELO DEFENSIVO. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. OCORRÊNCIA. JULGAMENTO ANULADO. RECURSO PROVIDO. APELO DOS ASSISTENTES DE ACUSAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. APLICAÇÃO DE AGRAVANTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. Em decorrência do princípio da soberania dos vereditos, a anulação do julgamento do Conselho de Sentença, sob a alegativa de manifesta contrariedade à prova dos autos, somente é possível quando estiver completamente divorciada dos elementos de convicção constantes dos autos.

2. Na hipótese, a tese acolhida pelos jurados não encontra qualquer amparo em nenhum desses elementos de convicção, muito pelo contrário, estando completamente dissociada da prova coligida, ensejando a anulação do julgamento por manifesta contrariedade à prova dos autos.

3. Anulando-se o julgamento, resta prejudicada a análise do recurso interposto pelos assistentes de acusação, que objetivava o redimensionamento da pena aplicada ao réu, bem como a aplicação de uma circunstância agravante.

4. Recurso defensivo provido. Recurso dos assistentes de acusação prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal,

ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em dissonância com o parecer ministerial, em DAR PROVIMENTO ao recurso interposto pela defesa, e JULGAR PREJUDICADO o recurso interposto pelos assistentes de acusação, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de duas Apelações Criminais, a primeira interposta pelo réu, Eduilton Nunes Teixeira Júnior, e a segunda interposta pelos assistentes de acusação, José Maria Primo de Carvalho e Leonilia Hilda Veras Coelho de Carvalho, contra a sentença que condenou o réu nas tenazes do art. 121, § 2º, IV, c/c art. 29, ambos do Código Penal, a uma pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

O feito tramitou regularmente, tendo o réu sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu pela sua condenação, pelo delito do art. 121, § 2º, IV, c/c art. 29, ambos do Código Penal, tendo o Juiz Presidente, na **sentença de fls. 533/534**, aplicado-lhe uma pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Eduilton Nunes Teixeira Júnior apelou, à fl. 535, com amparo na alínea "d" do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal, apresentando as razões de fls. 539/549, sustentando que a decisão dos jurados foi contrária à prova dos autos, uma vez que o mesmo não teve qualquer participação no delito. Acrescenta, ainda, que não há como prosperar a qualificadora imputada, requerendo, assim, a anulação do julgamento. A defesa pleiteia, ainda, a redução da pena com a retirada da qualificadora.

Recebido e contrariado o recurso, o Ministério Público pugnou pelo improvimento do apelo do réu (fls. 551/555), e os assistentes da acusação requereram, também, a improcedência do recurso defensivo (fls. 601/608).

José Maria Primo de Carvalho e Leonilia Hilda Veras Coelho de Carvalho, assistentes da acusação, apelaram às fls. 537/538, aduzindo em suas razões recursais de fls. 576/580, que a sentença merece reforma, no tocante à aplicação da pena, vez que a mesma deveria ter sido aplicada acima do mínimo legal, em virtude das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, bem como haveria de ter sido aplicada a agravante prevista no art. 61, II, "a", do Código Penal, em virtude de ter sido o delito praticado por motivo fútil.

Recebido e contrariado o recurso, a defesa pugnou pelo provimento do apelo defensivo, bem como pelo improvimento do apelo da assistência da acusação (fls. 626/629).

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento de ambas as apelações (fls. 632/636).

É o relatório.

VOTO

Conheço dos recursos, posto que presentes os requisitos de admissibilidade.

Como relatado, trata-se de duas Apelações Criminais, a primeira interposta pelo réu, Eduilton Nunes Teixeira Júnior, e a segunda interposta pelos assistentes de acusação, José Maria Primo de Carvalho e Leonilia Hilda Veras Coelho de Carvalho, contra a sentença que condenou o réu nas tenazes do art. 121, § 2º, IV, c/c art. 29, ambos do Código Penal, a uma pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

O feito tramitou regularmente, tendo o réu sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu pela sua condenação, pelo delito do art. 121, § 2º, IV, c/c art. 29, ambos do Código Penal, tendo o Juiz Presidente, na **sentença de fls. 533/534**, aplicado-lhe uma pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Eduilton Nunes Teixeira Júnior apelou, à fl. 535, com amparo na alínea "d" do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal, apresentando as razões de fls. 539/549, sustentando que a decisão dos jurados foi contrária à prova dos autos, uma vez que o mesmo não teve qualquer participação no delito. Acrescenta, ainda, que não há como prosperar a qualificadora imputada, requerendo, assim, a anulação do julgamento.

A defesa pleiteia, ainda, a redução da pena com a retirada da qualificadora, mas tal pedido, em verdade, resume-se ao pleito anteriormente formulado de anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos, no tocante à qualificadora, já que esta somente poderá ser excluída mediante nova decisão do Júri.

José Maria Primo de Carvalho e Leonilia Hilda Veras Coelho de Carvalho, assistentes da acusação, apelaram às fls. 537/538, aduzindo em suas razões recursais de fls. 576/580, que a sentença merece reforma, no tocante à aplicação da pena, vez que a mesma deveria ter sido aplicada acima do mínimo legal, em virtude das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, bem como haveria de ter sido aplicada a agravante prevista no art. 61, II, "a", do Código Penal, em virtude de ter sido o delito praticado por motivo fútil.

A **apelação defensiva** ampara-se no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, que trata da anulação do julgamento do Tribunal do Júri, por manifesta

contrariedade à prova dos autos. Nesse sentido, cabe-nos tão somente determinar se os julgamentos encontram algum amparo na prova coligida aos autos, ou se realmente estão completamente divorciados dos elementos probatórios carreados, ressaltando que somente neste último caso é possível sua anulação, em virtude do princípio da soberania dos vereditos, consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", *in verbis*: "*é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: (...) c) a soberania dos veredictos*".

Portanto, somente é passível de anulação a decisão dos jurados quando arbitrária, completamente em desacordo com as provas dos autos, não se incluindo aqui a decisão que, analisando os elementos probatórios, optar por uma das teses apresentadas.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

> Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA.
> I - Em obediência ao princípio constitucional da soberania dos vereditos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c" da Constituição Federal, somente se anula o julgamento do Tribunal do Júri quando sua decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando não tiver apoio em qualquer elemento de convicção constante dos fólios, sendo proferida ao arrepio de tudo quanto mostra o caderno processual, o que, seguramente, inocorre na espécie. II - Apelo improvido.
> (Apelação nº 6756200780601371, Relator Des. FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE, 1ª Câmara Criminal, julgado em 04/05/2010)
>
> Ementa: RECURSO APELATÓRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. RÉU CONDENADO A 15 (QUINZE) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA NÃO ACOLHIDA. DECISÃO QUE ENCONTRA APOIO NA PROVA DOS AUTOS. NENHUMA RAZÃO PARA SE ANULAR O JULGAMENTO. SOBERANIA DO CONSELHO DOS SETE PARA OPTAR PELA VERSÃO QUE LHE PARECER MAIS VEROSSÍMIL.
> 1.As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos (Súmula nº 6 do TJ-CE). 2.Recurso conhecido e improvido.
> (Apelação nº 435649200380601122, Relator Des. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MAXIMO, 1ª Câmara Criminal, julgado em 05/05/2010).

A inconformidade defensiva baseia-se em suposta contrariedade à prova dos autos, em virtude de terem os jurados acolhido a tese acusatória de homicídio qualificado, quando a defesa sustenta a tese de negativa de autoria, ou, subsidiariamente, de exclusão da qualificadora, por ausência de provas a sustentá-la.

Contudo, analisando-se, acuradamente, os autos, constata-se que a versão acolhida pelos jurados apresenta-se verossimilhante, possível, com apoio no acervo probatório.

A materialidade é comprovada através do auto de exame cadavérico de fls. 35/36.

As testemunhas e acusados que encontravam-se presentes no momento do crime disseram o que segue:

A testemunha Francisco Kácio Duarte Dantas disse, às fls. 20/23:

> [...] Que o depoente segurou o "Rato" pela cintura e saiu empurrando e dizendo vá para casa; Que em seguida o depoente ouviu um disparo, tendo o depoente colocado a cabeça na altura da cintura do "Rato"; Que em seguida o depoente ouviu outro disparo, e ao voltar-se notou um aglomerado de gente, tendo o depoente soltado o "Rato" e ido ver o que era aquilo, quando notou que o José Maria estava estendido no chão e ao pegar na cabeça do mesmo notou sangue na sua nuca; [...] Que quando o depoente estava segurando o "Rato", ouviu a voz de uma mulher dizendo "cuidado ele está armado", mas o declarante não sabe afirmar a quem ela estava se referindo; Que, o depoente tem certeza que não foi o "Rato" que atirou na vítima, pois estava agarrado com ele, inclusive segurando seus braços; Que, apesar de o depoente ser muito amigo de José Maria, entende que o "Rato" procurou evitar de todas as maneiras uma confusão com José Maria; Que o depoente não sabe afirmar se o "Rato" deu alguma arma para "Serjão" atirar na vítima, pelo menos não viu [...].

A testemunha Maria Tereza Peixoto Rodrigues afirmou, às fls. 28/30:

> [...] Que ninguém conseguiu conter o José Maria, o Kácio passou a segurar o "Ratinho" e tentar retirar o mesmo de perto do José Maria; Que, nessa ocasião, o "Serjão" retira o revólver do carro do "Ratinho" e faz um disparo para cima; Que, após o primeiro disparo José Maria fez um gesto como se fosse pegar uma arma ou voltar-se para bater nele Serjão; Que então Serjão atira a segunda vez e atinge José Maria, o qual cai no chão; Que, em seguida a depoente não viu mais o Serjão, sendo que o "Ratinho" colocou a depoente no carro dele e saíram imediatamente do local, inclusive, o "Ratinho" ainda derrubou um cavalete do estacionamento; [...].

O réu, Eduilton Nunes Teixeira Júnior, relatou, às fls. 31/33:

> [...] Que o declarante então disse que estava calmo, o José Maria era quem queria brigar com todo mundo; Que, em seguida o declarante tira o sapato e se prepara para se defender; Que, em seguida José Maria disse o seguinte: se você quiser falar de mim fale pela frente seu filho de rapariga; Que,

> nessa ocasião o declarante ouve um disparo de arma de fogo; Que, logo em seguida o declarante ouve outro disparo, tendo o declarante visto o José Maria no chão; Que, em seguida, o declarante pega seu carro e sai do local juntamente com Maria Tereza; Que, o declarante, ao entrar no carro, viu o porta luva aberto e sentiu falta de seu revólver calibre 38, arma essa registrada no nome do declarante, que inclusive tem porte; [...].

Paulo Sérgio Maciel de Sousa, acusado, relatou, às fls. 34/36:

> [...] Que no momento em que o "ratinho" abriu a porta de seu carro "scort" o José Maria apareceu de repente e disse o seguinte, se dirigindo ao Júnior (rato): "seu filho da puta, você vai falar comigo é agora"; Que José Maria, nesse momento, vai de encontro a "ratinho", mas foi contido por Kácio, o qual tenta segurar o José Maria; Que o Kácio disse para o José Maria: "você quer brigar com o ratinho", no que José Maria disse: "saia do meio senão eu brigo com você também; Que, nesse momento a Maria Tereza também tentou segurar o José Maria mas não conseguiu; Que, nessa ocasião, o indiciado também tentou segurar o José Maria, mas não conseguiu, o mesmo acontecendo com um cidadão que o indiciado não conhece; Que, nessa ocasião, o indiciado foi ver se tinha uma arma no porta luva do carro de Júnior e efetivamente lá encontrou um revólver; Que, o indiciado então fez um disparo para cima, com a finalidade de acalmar a confusão; Que, na concepção do indiciado um tiro espanta as pessoas e podia o José Maria ao ouvir o disparo poderia correr; Que o indiciado ao fazer o disparo não prestou, digo, não se lembra a posição que se encontravam as pessoas, digo, que, ao fazer o primeiro disparo o "Ratinho" estava por trás do indiciado; Que, após o primeiro disparo o José Maria fez um gesto como se fosse puxar uma arma da cintura; Que o indiciado então faz um segundo disparo em direção ao José Maria e viu o mesmo cair; [...].

A testemunha Francisco Fernandes de Assis disse, às fls. 37/39:

> [...] Que nessa ocasião, o rapaz que era seguido pela de camisa vermelha disse o seguinte: "você quer brigar mesmo" e ato contínuo retira da cintura um revólver e entrega para o outro forte e alto; Que, em seguida o depoente presenciou também quando o rapaz que entregou o revólver tira também os sapatos e deixa no chão; Que, nesse momento o depoente pega os sapatos daquele rapaz e entrega também para o que recebeu o revólver e diz o seguinte: já que você recebeu os sapatos, digo, o revólver fique também com os sapatos; Que o depoente teve então a impressão de que ao entregar os sapatos e o revólver ao rapaz alto e forte, o rapaz franzino queria brigar de murro com o de camisa vermelha, já que este insistia; Que o rapaz alto e forte que recebeu o revólver e os sapatos, mandou que todos se afastassem que o "negócio" era somente com os dois; Que nessa ocasião o rapaz de vermelho tenta dar um murro no outro franzino, mas o soco bate de raspão numa moça que estava perto do franzino; Que em dado momento, o rapaz

> que estava com o revólver saca da arma com rapidez que a bainha caiu no chão; Que, o dito elemento fez então um disparo, que pela maneira como sacou a arma o tiro foi para cima; Que, nessa ocasião, o rapaz de vermelho estava de costas para o que deu o tiro; Que, a distância entre o rapaz de vermelho e o que fez o disparo era de aproximadamente um metro; Que, na ocasião do tiro o rapaz de vermelho botou as mãos nos ouvidos e tentou voltar-se, quando recebeu e, digo, quando então o rapaz que estava com o revólver fez o segundo disparo já em direção do rapaz de vermelho, o qual caiu logo no chão; [...].

Interrogado em juízo, à fl. 99, Paulo Sérgio repetiu a afirmação de que:

> [...] procurou o revólver do Rato dentro do carro, pegou a arma e disparou para cima; que o Zé Maria fez gesto para o interrogando de sacar uma arma; que o interrogando disparou pela segunda vez contra José Maria atingindo na cabeça; [...].

Eduilton Nunes Teixeira Júnior afirmou, em juízo, à fl. 100:

> [...] investindo logo contra o interrogando; que o interrogando tirou o sapato com a intenção de se defender corpo a corpo que, foi seguro pelos braços por Cássio quando percebeu o disparo abaixou-se logo em seguida percebeu novo disparo levantou e percebeu José Maria caído apanhou o carro retirou-se juntamente com Maria Tereza; [...].

Francisco Cássio Duarte Dantas disse, em juízo, às fls. 123/124:

> [...] que Júnior não estava armado que igualmente não viu Sérgio com revólver; [...] que lá fora do clube José Maria partiu para cima de Júnior mas o depoente impediu, chegando inclusive a se arranhar na testa na pulseira do relógio; que com o empurrão que levou de José Maria o depoente resolveu segurar Júnior que era mais franzino; que fazia isso para evitar as investidas de José Maria; Que jamais viu Júnior conduzir arma, acreditando que a deixa no carro; que o propósito de Júnior era evitar por todos os modos qualquer problema com José Maria; [...].

Paulo Sérgio Maciel de Sousa, interrogado em plenário, às fls. 390/393, disse:

> [...] que em dado momento Eduilto abriu o carro e pegou um revólver; que em seguida o Cássio, que acompanhava o grupo, tomou a arma do Eduilton; que o interrogando que estava sentado no capô do automóvel pediu que parassem com a briga; que vendo a arma na mão de Cássio resolveu tomar a arma e guardá-la na cintura; que o interrogando pediu que acabassem com a

> briga; que foi quando a vítima partiu para cima do interrogando dizendo que o interrogando era babão do Eduilton e deu uma mãozada que derrubou o interrogando de cima do automóvel; que nessa ocasião o interrogando falou "agora vocês vão acabar mesmo com a briga"; que pegou então o revólver e fez um disparo para cima; que a vítima não se intimidou e partiu para cima do interrogando; que baixando a arma efetuou um disparo; que acertou a vítima e esta caiu ao solo; [...] que não houve combinação nenhuma das pessoas do grupo para acerto de contas após o show; [...].

Interrogado em plenário, às fls. 527/530, Eduilton Nunes Teixeira Júnior afirmou:

> [...] quando se dirigia para o seu carro foi abordado pela vítima já de forma violenta e empurrando o interrogando e ainda disse: "filho da puta agora você vai apanhar"; Que nesse momento um amigo do interrogando de nome Cássio segurou o interrogando; que a vítima deu um chute que pegou na perna do interrogando; que houve na ocasião um disparo e em seguida outro; que o interrogando se agachou pensando que os disparos fossem contra a sua pessoa e depois viu a vítima caída ao chão; que pegou o seu carro e deixou o local [...].

É certo que, quando do conjunto de provas coligidas aos autos é possível extrair-se duas versões distintas para os fatos, cabe somente aos jurados, valorando as provas, acolher a tese que lhes pareça a mais verossímil, de acordo com sua íntima convicção.

Entretanto, analisando-se, acuradamente, as provas coligidas, não se vislumbra sustentação probatória para uma versão que aponte o acusado Eduilton Nunes Teixeira Júnior como autor, coautor ou partícipe do delito de homicídio que vitimou José Maria Primo de Carvalho Júnior.

Nada obstante existam algumas divergências nas versões contadas pelas testemunhas, bem como pelos acusados, tais divergências não indicam a participação do réu Eduilton no homicídio em tela.

Em suma, o que os depoimentos testemunhais e os interrogatórios dos réus demonstra é o seguinte:

A vítima estava tendo um desentendimento com o réu Eduilton, e procurou Eduilton no estacionamento da "Boite Saudosa Maloca" a fim de com ele brigar, tendo alguns amigos tentado impedir o entrevero.

Existem divergências acerca do seguinte fato: se Eduilton esteve ou não com a arma antes da briga, ou se a referida arma esteve durante toda a noite guardada no porta-luvas do carro de Eduilton.

O réu Paulo Sérgio afirmou inicialmente ter pegado a arma diretamente do porta-luvas do carro, mas em plenário mudou sua versão, afirmando que pegara a mesma das mãos de Cássio, que havia tomado a arma de Eduilton.

Seja qual for a versão verdadeira, nenhuma das duas sustenta a hipótese de que Eduilton tenha tido participação no homicídio executado por Paulo Sérgio.

É incontroverso nos autos que foi Paulo Sérgio quem, de posse do revólver, disparou um tiro para cima, e em seguida outro tiro na direção da vítima, ceifando sua vida.

Não existem provas a amparar a participação, em qualquer de suas formas, de Eduilton no crime executado por Paulo Sérgio. Nada demonstra ter Eduilton concorrido para o crime.

Destaque-se que a escolha entre as teses possíveis cabe exclusivamente ao Conselho de Sentença, constitucionalmente designado para julgar os crimes dolosos contra a vida, mas este somente pode optar entre as versões possíveis, ou seja, aquelas que podem ser extraídas do acervo probatório, ou seja, que encontrem amparo nos elementos de provas constantes dos autos.

Com efeito, os jurados prescindem de fundamentar sua decisão, posto que decidem por íntima convicção, mas devem fazê-lo, sempre, com amparo nas provas dos autos, não sendo possível decidirem com base em meros indícios ou ilações.

Frise-se, pois, que para prevalecer, a decisão do Conselho de Sentença deve encontrar apoio em algum dos elementos de prova dos autos, ainda que mais de uma tese encontre arrimo no arcabouço probatório. Todavia, no caso em tela, não há qualquer prova no sentido de amparar a tese acatada pelos jurados.

Assim sendo, entendo ser medida impositiva a anulação do julgamento do Tribunal do Júri, posto que restou clara a arbitrariedade da decisão dos jurados.

Assim leciona Guilherme de Souza Nucci[1]:

> O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Não cabe anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova passíveis de surgir.

No caso em tela, realmente os jurados optaram por tese integralmente incompatível com todas as provas dos autos.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Ademais, tal entendimento foi sumulado neste Tribunal, através da Súmula nº 6/TJCE, que diz "*As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos*".

É dizer que, aquela decisão completamente arbitrária e contrária à tudo o que consta dos autos é passível de anulação. É exatamente esse o caso dos autos.

Assim, inexistindo qualquer amparo probatório para a tese acatada pelos jurados, evidenciando-se absurda a decisão do Conselho de Sentença, por manifestamente contrária à prova dos autos, **deve ser anulado o julgamento.**

Já o recurso interposto pelos assistentes da acusação, José Maria Primo de Carvalho e Leonilia Hilda Veras Coelho de Carvalho, objetivando o redimensionamento da pena, a fim de que a mesma seja aplicada acima do mínimo legal, em virtude das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, bem como para que seja aplicada a agravante prevista no art. 61, II, "a", do Código Penal, em virtude de ter sido o delito praticado por motivo fútil, **resta prejudicado**, em virtude da anulação do julgamento.

EM FACE DO EXPOSTO,

Conheço dos apelos para, em dissonância com o parecer ministerial, **dar provimento ao recurso interposto pela defesa,** para determinar que o apelante Eduilton Nunes Teixeira Júnior seja submetido a novo julgamento, nos termos do art. 593, III, §3º, do Código de Processo Penal, **e julgar prejudicado o recurso interposto pelos assistentes de acusação**.

É como voto.

Fortaleza, 17 de dezembro de 2013.

Habeas Corpus

PROCESSO: 0031566-87.2013.8.06.0900 - HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: PRYSCILLA FREITAS LEITÃO
PACIENTE: RAFAEL ARAÚJO DOS SANTOS
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1º VARA DA COMARCA DE CRATEÚS
RELATORA: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 121, §2º, II E IV, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, C/C OS ARTIGOS 5º, III, E 7º, I, DA LEI Nº 11.340/2006. PRISÃO PREVENTIVA. 1. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SUBMISSÃO NO JUIZ *A QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO VISLUMBRADA ILEGALIDADE IDÔNEA A JUSTIFICAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFICIO. 2. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE INDEFERIU O PLEITO DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. IMPROCEDÊNCIA. DEMONSTRADA A NECESSIDADE DA CONSTRIÇÃO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. IRRELEVÂNCIA DE CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. DESCABIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Ordem parcialmente conhecida e, na sua extensão, denegada.

1. O paciente encontra-se preso desde 13 de julho de 2013, pela suposta prática de conduta delitiva tipificada no art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal Brasileiro, c/c os artigos 5º, III, e 7º, I, da Lei nº 11.340/2006. O impetrante pugna pela soltura daquele, sob as alegações de excesso de prazo na formação da culpa, de carência de fundamentação da decisão que manteve a custódia preventiva, de existência de condições subjetivas favoráveis à concessão da liberdade provisória e de aplicabilidade de medidas cautelares diversas da prisão.

2. Impossível a análise meritória do *writ* quanto à alegação

de excesso de prazo, sob pena de supressão de instância, uma vez que não foi comprovada a prévia submissão da matéria na origem. Por outro lado, impossível a concessão da ordem *ex officio*, uma vez que não verificada ampliação desarrazoada dos prazos processuais, bem assim porque existente contribuição da Defesa para a dilação, na medida em que não foi apresentada resposta à acusação tempestivamente, o que ensejou, inclusive, a nomeação de defensor dativo ao paciente, situação que implica na incidência da Súmula nº 64 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis: "Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa."*

3. Descabida a tese de carência de fundamentação da decisão pela qual se indeferiu pleito libertário, porquanto bem demonstrada a necessidade da constrição para a garantia da ordem pública devido à periculosidade evidenciada através e do *modus operandi* empregado no crime (homicídio praticado mediante nove golpes de faca contra a própria companheira, por motivo banal e de modo a impossibilitar a defesa da vítima, atingida nas costas).

4. Como é cediço, a existência de condições subjetivas favoráveis, ainda que provada, não implica direito subjetivo à revogação da custódia cautelar ou à substituição desta pelas medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, se há, nos autos, elementos concretos e suficientes a indicarem a necessidade de manutenção da medida constritiva, como ocorre *in casu*. Precedentes.

5. Ordem parcialmente conhecida e, na sua extensão, denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de habeas corpus nº 0031566-87.2013.8.06.0000, impetrados por Pryscilla Freitas Leão, em favor do paciente Rafael Araújo dos Santos, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Crateús.

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 denegar-lhe provimento na extensão conhecida, em conformidade com o voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 09 de dezembro de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de *habeas corpus*, com pedido de concessão da ordem em caráter liminar, impetrada por Pryscilla Freitas Leão, em favor do paciente Rafael Araújo dos Santos, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Crateús.

Aduz o impetrante que o paciente foi preso em flagrante delito no dia 14 de julho de 2013, vindo a ter o título prisional convertido em preventiva nos autos em que responde pela suposta prática do crime previsto no art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal Brasileiro, c/c os artigos 5º, III, e 7º, I, da Lei nº 11.340/2006, permanecendo segregado até a data da impetração, sem que a instrução processual tenha sido concluída, o que configuraria excesso de prazo na formação da culpa atribuível apenas ao Estado-Juiz (fls. 01/18).

Sustenta, outrossim, que a decisão pela qual se indeferiu o pleito de revogação prisional encontra-se carente de fundamentação, porquanto não demonstrada concretamente a necessidade da medida constritiva para a garantia da ordem pública, estando o ato lastreado apenas na gravidade genérica do delito.

Ressalta, ainda, que a autoria é incerta e que o paciente é primário e detentor de endereço fixo e profissão definida, não estando configurados os requisitos da prisão preventiva previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Conclui postulando a concessão da ordem liminarmente e, no mérito, a sua confirmação, com a expedição do respectivo alvará de soltura mediante a aplicação, ou não, das cautelares previstas no art. 319 do CPP.

Documentos diversos anexos às fls. 19/45.

Pleito liminar indeferido em decisão de fls. 50/52.

Judiciosas informações colacionadas às fls. 56/57, as quais vieram acompanhadas dos documentos de fls. 58/67.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 70/76, com manifestação pelo conhecimento e denegação da ordem.

É o sucinto relatório.

Fortaleza, 09 de dezembro de 2013.

VOTO

Consoante relatado, na presente ação constitucional de *habeas corpus*, busca-se a soltura do paciente, sob os argumentos de que resta configurado o excesso de prazo na formação da culpa, uma vez que a instrução ainda não foi iniciada, não obstante esteja ele preso desde 13 de julho de 2013; de que a decisão pela qual se manteve a custódia cautelar se mostra carente de fundamentação; de que os requisitos da prisão preventiva não se encontram delineados nos autos; e de que é possível a substituição da prisão por outras medidas cautelares.

Examinando detidamente os presentes fólios, verifico que não se faz possível o conhecimento da questão atinente ao excesso de prazo na formação da culpa, na medida em que não restou comprovada a prévia submissão da matéria ao Juízo de origem, não cabendo a esta Corte apreciá-la, sob pena de incidir na vedada supressão de instância.

Nesse sentido, é sólido o entendimento jurisprudencial de que, ausente a interposição do pedido objeto da ordem de *habeas corpus* perante a autoridade impetrada, é proibido ao Órgão Colegiado, em regra, o seu conhecimento, sob pena de indevida supressão de instância, conforme o precedente a seguir:

> PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. INCOGNOSCIBILIDADE. RISCO DE SUPRESSÃO DO GRAU DE JURISDIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PLEITO PERANTE O JUÍZO A QUO. ORDEM NÃO CONHECIDA.
> 1. Impetração ajuizada em favor de paciente presa em flagrante por crimes de tráfico, associação para o tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, onde se sustenta que a prisão se mostra ilegal em face de excesso de prazo para a formação da culpa.
> 2. Inexistindo nos autos comprovação de que o Juízo a quo ainda não se manifestou sobre o excesso prazal ora alegado, impossibilitado ficou este órgão julgador de conhecer e avaliar a tese, sob pena da indevida supressão do grau de jurisdição.
> 3. "Se o Tribunal de Origem não emitiu juízo a respeito das questões aventadas, é inviável proceder exame quanto às matérias nesta Corte de Justiça, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância" (STJ).
> 4. Ordem não conhecida.

> (TJCE - HC 0000167-92.2011.8.06.0000, 1ª Câmara Criminal, Rel. Francisco Pedrosa Teixeira, publicado em 01.03.2011).

Por outro lado, vejo que não se afigura cabível a concessão de ofício da presente ordem de *habeas corpus*. Isso porque, além de não se mostrar desarrazoada a ampliação dos prazos processuais, houve contribuição da Defesa para a dilação, uma vez que, consoante informado pela Secretaria da Vara de origem, a resposta à acusação não foi apresentada tempestivamente, motivo por que nomeado defensor dativo ao paciente, situação que enseja a aplicação da Súmula nº 64 do STJ, adiante transcrita:

> STJ Súmula 64 – "Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa."

Na mesma perspectiva, o entendimento de nossas Cortes Superiores:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO EM FLAGRANTE. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE DA CAUSA: DEMORA RAZOÁVEL. PRECEDENTES. CONTRIBUIÇÃO DA DEFESA PARA A DEMORA DO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.
> 1. Não há constrangimento ilegal por excesso de prazo quando a complexidade da causa, em razão do número de réus e da necessidade de expedição de precatórias, justifica a razoável demora para o encerramento da ação penal. Precedentes.
> **2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a alegação de constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo não pode ser aceita quando a defesa contribui para a demora do processo. Precedentes.**
> 3. Ordem denegada.
> (STF, HC 98255, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 17/11/2009, DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010 EMENT VOL-02397-03 PP-00965).

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. FURTO QUALIFICADO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO. CONTRIBUIÇÃO DA DEFESA PARA A DEMORA NA CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRAZO PARA A CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO QUE NÃO É ABSOLUTO. ORDEM NÃO CONHECIDA.
> 1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível o habeas corpus substitutivo de recurso ordinário.

> 2. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível. Precedentes.
> 3. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, *ex officio*, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.
> **4 O prazo legalmente estabelecido para a conclusão da instrução criminal não é absoluto e o constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada, o que não se vislumbra na presente hipótese.**
> **5. Por aplicação do Princípio da Razoabilidade, justifica-se o atraso no andamento do processo-crime, quando a demora não for provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público, como é o caso.**
> **6. Na presente hipótese, eventual retardo está justificado pela contribuição da defesa para o atraso da marcha processual.** Audiência de Instrução e Julgamento designada para o dia 18.12.2012.
> 7. Habeas corpus não conhecido.
> (STJ, HC 259.009/GO, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 13/12/2012).
>
> [...]
> EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. TRÂMITE REGULAR DO FEITO. EVENTUAL DELONGA OCASIONADA PELA PRÓPRIA DEFESA. SÚMULA 64 DESTE STJ. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO JÁ DESIGNADA PARA DATA PRÓXIMA. AUSÊNCIA DE DESÍDIA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ILEGALIDADE AUSENTE.
> **1. Os prazos para a conclusão da instrução criminal não são peremptórios, podendo ser flexibilizados diante das peculiaridades do caso concreto, em atenção e dentro dos limites da razoabilidade.**
> 2. A ação penal vem tendo regular andamento, não se constatando indícios de desídia do Estado-Juiz, que tem sido diligente no andamento do feito, mormente quando se tem notícia de que a audiência de instrução e julgamento já foi designada para data próxima.
> **3. Eventual excesso de prazo na instrução poderia inclusive ser debitado à defesa do paciente, já que houve atraso na apresentação da resposta à acusação e insistência na oitiva de testemunhas que sequer foram oportunamente arroladas, dando causa ao adiamento da finalização da instrução. Súmula 64/STJ.**
> 4. Habeas corpus não conhecido.
> (STJ, HC 246.366/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 30/10/2013)

No que concerne à alegação de carência de fundamentação da decisão pela qual se indeferiu o pleito de revogação da custódia preventiva, verifico que a decisão

vergastada se encontra devidamente fundamentada, ali evidenciados os requisitos autorizadores da custódia preventiva, restando, pois, respeitado o disposto no art. 312, do Código de Processo Penal.

No que se refere ao *fumus commissi delicti*, enquanto provável ocorrência de um delito e pressuposto de qualquer medida cautelar coercitiva no processo penal, a autoridade dita coatora apontou a existência de indícios de autoria e a prova de materialidade delitiva, com alicerce nos elementos de prova colhidos durante o inquérito policial e no auto de prisão em flagrante.

Acerca do *periculum libertatis*, enquanto perigo decorrente do estado de liberdade do paciente, o Magistrado de primeira instância evidenciou a necessidade da medida constritiva para a garantia da ordem pública, diante da periculosidade evidenciada através das circunstâncias do crime (homicídio praticado mediante nove golpes de faca contra a própria companheira, por motivo banal e de modo a impossibilitar a defesa da vítima, atingida nas costas, conforme demonstra o laudo cadavérico de fls. 58/61).

Colaciono a seguir trecho da referida decisão (fls. 34/41):

> "No presente caso, resta configurada a presença dos dois pressupostos. Com efeito, o depoimento da testemunha Francisca Patrícia dos Santos Romualdo em sede policial foi firme no sentido de que viu o autuado desferindo facadas nas costas da vítima, levando-a a óbito. Esse depoimento supre a necessidade de indício suficiente de autoria. Ressalte-se, por oportuno, que neste momento não há necessidade de certeza da autoria, contentando-se a lei apenas a existência de 'indícios suficientes', o que dispensa, por ora, a existência de prova inequívoca quanto a autoria do deito, [...].
> [...].
> Além disso, a segregação cautelar se mostra necessária para a garantia da ordem pública, já que possivelmente o réu, ao menos pelo que se pode observar a partir de uma análise perfunctória, possivelmente tenha praticado o crime de homicídio, demonstrando desrespeito à vida humana, o que evidencia a sua periculosidade, situação a qual, aliada à gravidade do delito, praticado com violência contra a pessoa, resta por caracterizar ameaça a ordem pública.
> De fato, como já bem destacado na decisão que manteve sua prisão preventiva, as circunstâncias que ocorreu o fato, tendo como vítima sua companheira e por um motivo banal, faz presente a necessidade de acautelar o meio social, tendo em conta a demasiada ampliação dos delitos cometidos no seio familiar.
> [...].
> Com isso, entendo que o acusado oferece perigo à ordem pública, conforme acima justificado, de modo que se faz necessário sua permanência no cárcere cautelar como uma forma de impedir que ele, em liberdade, possa ofender bens jurídicos indispensáveis ao bom convívio social, dentre os quais a vida de outrem." (*sic*).

Insta ressaltar, por oportuno, que a concreta gravidade do crime já havia sido destacada pela autoridade impetrada como causa idônea a justificar a segregação cautelar na decisão pela qual se converteu o flagrante em preventiva (fls. 31/33), cujos trechos colaciono a seguir:

> "No presente caso, entendo presente o *fumus comissi delicti*, pois há indícios da autoria, posto que o autuado foi preso logo após o crime, com notícias de que seria o autor, e ainda estava com as roupas manchadas de sangue, que foram apreendidas, o que revela a materialidade do crime.
> Quanto ao *periculum libertatis*, entendo que a custódia se mostra necessária para garantia da ordem pública, pois o autuado responde por outro processo, e a prisão busca evitar novas práticas, destacando-se ainda as circunstâncias do crime, com covardia, contra pessoa desarmada, e por se tratar de companheira do autuado.
> O autuado, apesar de identificado, entendo que é necessário que se aguarde pela apresentação de documentos que comprovem a residência do indiciado (conta da COELCE, CAGECE, telefone fixo), sua ocupação e histórico familiar, revelando-se nesse momento a necessidade de se resguardar a ordem pública, justificando-se, por conseguinte, o decreto prisional em seu desfavor e inviabilizando a aplicação de medidas cautelares dispostas no art. 319 do CPP, conforme previsão legaç disposta no art. 282, § 6º, do referido diploma legal: [...].
> Assim, a manutenção da prisão é necessária e adequada, não sendo aconselhável a concessão de medida cautelar diversa, que importe em liberdade."

Vê-se, portanto, que as decisões em comento não merecem reparo, bem demonstrada a necessidade da medida constritiva para a garantia da ordem pública, sendo, nesse diapasão irrelevante a pretensa existência de condições pessoais favoráveis e descabida a substituição da constrição por outras medidas de cunho cautelar, uma vez que se estas se mostram insuficientes ao alcance das finalidades apontadas pela autoridade impetrada, cabendo, outrossim, observar a imprescindibilidade da medida também para a conveniência da instrução, notadamente para a tutela da incolumidade física da testemunha ocular do crime. Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados:

> Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PERICULOSIDADE CONCRETA E MODO DE EXECUÇÃO DOS DELITOS. CONDIÇÕES SUBJETIVAS DO PACIENTE. IRRELEVÂNCIA NO CASO. ORDEM DENEGADA.

1. Os fundamentos utilizados revelam-se idôneos para manter a segregação cautelar do paciente, na linha de precedentes desta Corte. É que a decisão aponta de maneira concreta a necessidade de garantir a ordem pública, consubstanciada nas circunstâncias em que os delitos foram praticados (motivação e modo de execução), e por conveniência da instrução criminal, ante a possibilidade de intimidação de testemunhas.
2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a primariedade, a residência fixa e a ocupação lícita não possuem o condão de impedir a prisão cautelar, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como ocorre no caso.
3. Ordem denegada.
(STF, HC 117054, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 01/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI DO DELITO E PERICULOSIDADE DO AGENTE. AMEAÇA A TESTEMUNHA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INOCORRÊNCIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).
2. Sem embargo, na esteira dos referidos julgados, mostra-se possível, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.
3. O Tribunal a quo demonstrou a pertinência da manutenção da prisão preventiva *sub judice*, como forma de garantir a ordem pública, em razão do modus operandi do delito e a periculosidade real do agente. O Paciente não aceitou o fim de um relacionamento amoroso e passou a ameaçar a ex-parceira. Tempos depois, promoveu uma emboscada contra o então companheiro da ex-mulher, assassinando-o com vários tiros de arma de fogo.

> **4. A notícia de que o réu ameaçou a testemunha reforça a necessidade da manutenção da constrição cautelar para a conveniência da instrução criminal, mormente no procedimento peculiar do Tribunal do Júri - *judicium accusationis* e *judicium causae*.**
> 5. Os prazos indicados para a consecução da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, pois variam conforme as peculiaridades de cada processo, razão pela qual a jurisprudência uníssona os tem mitigado, à luz da razoabilidade.
> 6. Dois fatores inviabilizam a caracterização do indevido elastério temporal, na espécie: (i) o fato de o Paciente haver permanecido preso em Unidade Militar localizada noutro Estado da Federação, o que demandou a necessidade de expedição de cartas precatórias, e (ii) a ausência de desídia do Juízo processante.
> **7. As condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.**
> **8. O Tribunal de origem, com expressa menção à situação concreta, entendeu inadequadas e insuficientes quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011.**
> 9. Ausência de ilegalidade flagrante que permita a concessão da ordem de ofício.
> 10. Ordem de habeas corpus não conhecida.
> (STJ, HC 239.939/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 21/05/2013).

ISSO POSTO, considerando a inexistência de comprovação da prévia submissão da matéria referente ao excesso de prazo ante o Juízo de origem; e tendo em vista que as decisões pelas quais se decretou e manteve a segregação cautelar encontram-se devidamente fundamentadas, em ambas demonstrada a necessidade da custódia cautelar do paciente para a garantia da ordem pública, sendo irrelevante a pretensa existência de condições pessoais favoráveis e descabida a substituição da constrição pelas medidas previstas no art. 319 do CPP, CONHEÇO PARCIALMENTE da presente ordem, para NEGAR-LHE PROVIMENTO na extensão conhecida, agindo assim em parcial consonância com o parecer da douta Procuradoria de Justiça.

Oficie-se à autoridade impetrada, recomendando-lhe que envide esforços no sentido de conferir maior celeridade ao feito, tendo em vista envolver réu preso.

É como voto.

Fortaleza, 09 de dezembro de 2013.

PROCESSO: 0032044-79.2013.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE: JÉSSICA DA MOTA COSTA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. EXCESSO DE PRAZO. ORDEM CONCEDIDA A CORRÉ. PEDIDO DE EXTENSÃO. IDENTIDADE DE SITUAÇÃO PROCESSUAL CONFIGURADA. APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CPP. PEDIDO DEFERIDO.

1. Se a situação processual do interessado é idêntica à da corré, a quem a liberdade foi restituída face à configuração de constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo na formação da culpa, é cabível a pleiteada extensão da decisão. Pedido de extensão deferido, no sentido de substituir a prisão preventiva do requerente pelas medidas cautelares constantes dos incisos I e V, do art. 319 do CPP.

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 deferir o pedidos de extensão do efeitos do julgamento do HC 0032044-79.2013.8.06.0000, ao corréu ANTÔNIO ROSA GUIMARÃES NETO, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de Pedido de Extensão formulado pelo advogado Luís Carlos Alencar Bessa nos autos do presente remédio constitucional, em favor de ANTÔNIO ROSA GUIMARÃES NETO, preso em flagrante delito em 15 de fevereiro do ano

de 2013, juntamente com a paciente JESSICA DA MOTA COSTA, a quem a ordem foi concedida no presente *writ*, determinando sua soltura ante o excesso de prazo na formação da culpa, junto à ação penal que tramita junto ao juízo da 1ª Vara do Juri da Comarca de Fortaleza.

Sustenta o requerente que o acusado em questão se encontra em idêntica situação fático-processual à da ré beneficiada pela decisão desta 2ª Câmara Criminal, e que os motivos que levaram à concessão do *writ* apresentaram caráter eminentemente objetivo.

Pugna, assim, pela extensão dos efeitos do remédio constitucional, conforme preconiza o art. 580 do Código de Processo Penal.

É o relatório.

VOTO

Conforme relatado, ANTÔNIO ROSA GUIMARÃES NETO foi preso em flagrante delito, em 15 de fevereiro do ano de 2013, juntamente com a paciente JESSICA DA MOTA COSTA, que teve sua liberdade restituída, através da ordem concedida no presente *writ*, ante o excesso de prazo na formação da culpa, junto à ação penal que tramita em seu desfavor junto ao juízo da 1ª Vara do Juri da Comarca de Fortaleza.

Observa-se que as razões de concessão da ordem em favor da corré fundaram-se na injustificada demora para a conclusão da instrução criminal, configurando constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa

O motivo da concessão, portanto, guarda idêntica relação à situação do paciente ANTÔNIO ROSA GUIMARÃES NETO, já que extrapolado o prazo razoável de conclusão da fase probatória da ação penal contra eles movida, circunstância que possuiu caráter eminentemente objetivo.

Portanto, em obediência ao Princípio da Isonomia e ao próprio art. 580 do Código de Processo Penal, garante-se igual tratamento a réus que se encontram em situação processual idêntica.

Nesse sentido:

> HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO. ORDEM CONCEDIDA A CORRÉU. PEDIDO DE EXTENSÃO. DECISÃO QUE OSTENTA CARÁTER OBJETIVO. PEDIDO DEFERIDO.
> 1. Idênticas, quanto à prisão cautelar, as situações do réu Paulo Delfino de Lima e do corréu José de Oliveira Filho, impõe-se a extensão a este

> da ordem de habeas corpus concedida àquele por falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva, bem como pelo excesso de prazo na manutenção da custódia.
> 2. Pedido de extensão deferido.
> (PExt no HC 32.242/PE, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 05/10/2009)

Ante o exposto, defere-se o pedido de extensão formulado em favor de ANTÔNIO ROSA GUIMARÃES NETO, no sentido de substituir a prisão preventiva do requerente pelas medidas cautelares constantes dos incisos I e V, do art. 319 do CPP.

É como voto.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

PROCESSO: 0032858-91.2013.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: JOSÉ MARDONES NASCIMENTO DA SILVA
PACIENTE: FABIANO LOPES MENEZES
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CAUCAIA
RELATOR: DES. PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. OCORRÊNCIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA.

1. Paciente preso em flagrante no dia 23.11.2013, por supostamente ter infringido os arts. 302, § único, inciso "I" e art. 306, ambos do Código de Trânsito Brasileiro.

2. Sustenta (I) ausência de fundamentação do decreto preventivo, tendo o paciente (II) condições pessoais necessárias para responder o processo em liberdade. Acrescenta que os argumentos lançados pelo magistrado *a quo* não são apoiados em dados concretos, não passando de meras ilações abstratas, além de não estar configurado os requisitos da prisão preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal), e, (III) não sendo esse o entendimento, que a prisão seja substituída por outras medidas cautelares diversas da prisão.

3. Analisada a decisão acatada, verifica-se que a mesma não apontou elementos concretos que demonstrem a necessidade da medida extrema. Baseou-se tão somente na gravidade do crime e o clamor público por ele causado, bem como na sensação de impunidade, fundamentos que se mostram insuficientes a manutenção da segregação cautelar do paciente.

4. É válido destacar que a nova ordem constitucional trata a segregação provisória como medida excepcional, não podendo ser justificada com a gravidade em abstrato do delito cometido, conforme dispõe a súmula nº 08 do TJ-CE.

5. Deve ser enaltecida a primariedade e os bons antecedentes

do paciente, bem como o fato de o mesmo possuir residência certa e profissão definida.

6. Acerca das medidas cautelares alvitradas pelo impetrante, entendo que tais medidas carecem de plausibilidade, uma vez que tratamos de crime com pena de detenção, assim, *a priori*, não comportando aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva. De fato, os crimes supostamente cometidos pelo paciente são punidos com pena cominada de detenção, levando a crer que uma suposta condenação jamais seria fixado o regime fechado e isso, com supedâneo no artigo 313 do CPP, não é suficiente para decretar a prisão preventiva.

7. Em dissonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, vislumbrando a ocorrência da ausência de fundamentação da manutenção da segregação preventiva e conseqüente configuração do constrangimento ilegal, CONHEÇO o *writ* e CONCEDO a ordem de liberdade, ratificando a liminar anteriormente deferida, para que o paciente possa responder ao processo em liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade e em dissonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, em CONHECER o *writ* e CONCEDER a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido de liminar, impetrado em favor do paciente FABIANO LOPES MENEZES, contra ato do Juízo de Direito da 3ª Vara da Comarca de Caucaia/CE.

Sustenta o impetrante que o paciente foi preso em flagrante no dia 23.11.2013, por supostamente ter infringido os arts. 302, § único, inciso "I" e art. 306, ambos do Código de Trânsito Brasileiro.

Sustenta a defesa que o Juiz de piso fundamentou sua decisão na garantia da ordem pública e para assegurar a credibilidade do poder judiciário, em conseqüência disto, denegando o pedido de fiança.

Aduz ainda o impetrante que foi pedido a revogação da prisão ante a (I) ausência de fundamentação do decreto preventivo, tendo o paciente (II) condições pessoais necessárias para responder o processo em liberdade. Acrescenta que os argumentos lançados pelo magistrado *a quo* não são apoiados em dados concretos, não passando de meras ilações abstratas, além de não estar configurado os requisitos da prisão preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal), e, (III) não sendo esse o entendimento, que a prisão seja substituída por outras medidas cautelares diversas da prisão.

Requer, ao final, a concessão liminar da ordem em favor do paciente, sendo-lhe concedido o direito de responder ao processo em liberdade, e, no mérito, a confirmação da concessão.

Liminar deferida em 17.12.2013 (fls. 116/120).

Informações da autoridade coatora em 29.04.2014 (fls. 129/132).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, instada a se manifestar, opinou em 07.05.2014, pela prejudicialidade do *mandamus*, haja vista perda de objeto implicada pela concessão da liminar por este juízo. (fls. 134/135).

É o breve relatório.

VOTO

Como relatado, trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor do paciente FABIANO LOPES MENEZES, contra ato do Juízo de Direito da 3ª Vara da Comarca de Caucaia/CE.

Sustenta o impetrante que o paciente foi preso em flagrante no dia 23.11.2013, por supostamente ter infringido os arts. 302, § único, inciso "I" e art. 306, ambos do Código de Trânsito Brasileiro.

Sustenta a defesa que o Juiz de piso fundamentou sua decisão na garantia da ordem pública e para assegurar a credibilidade do poder judiciário, em conseqüência disto, denegando o pedido de fiança.

Aduz ainda o impetrante que foi pedida a revogação da prisão ante a (I) ausência de fundamentação do decreto preventivo, tendo o paciente (II) condições pessoais necessárias para responder o processo em liberdade. Acrescenta que os argumentos lançados pelo magistrado *a quo* não são apoiados em dados concretos, não

passando de meras ilações abstratas, além de não estar configurado os requisitos da prisão preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal), e, (III) não sendo esse o entendimento, que a prisão seja substituída por outras medidas cautelares diversas da prisão.

Feitos estes esclarecimentos, passo a analisar *o writ.*

Inicialmente, percebe-se que a autoridade impetrada prestou às fls. 129/130 as informações requisitadas por este Relator.

Contudo, ao invés de se ater aos informes relevantes ao julgamento do presente *habeas corpus*, o magistrado de piso resolveu colher a oportunidade para *defender* sua decisão, argumentando que a mesma, em sua opinião, encontra-se fundamentada.

Foi além o juiz impetrado. Utilizou-se do ensejo para asseverar que este Relator já havia firmado juízo de valor sobre o caso em tela, ao conceder a medida liminar, e ao final, ainda demonstrou claramente sua opinião a respeito da decisão exarada por este Desembargador, chegando a insinuar que tal decisão estaria estabelecendo a provável impunidade do réu.

Deveras infeliz o juiz informante em seu ofício a esta relatoria.

A uma, porque o presente *writ* suscita deste Tribunal de Justiça justamente a análise da adequação (ou não) da fundamentação do *decisum* da lavra do impetrado, ou seja, é papel desta Corte emitir, após acurada análise, juízo de valor a respeito da decisão, não cabendo ao magistrado interferir em tal julgamento, através das "informações" que presta.

A duas, porque o magistrado deveria saber que a medida liminar tem caráter precário, e não traduz juízo de valor ou análise de mérito acerca do caso em estudo, até porque pode ser revogada caso o julgador entenda de forma diversa ao analisar o mérito da questão, no momento próprio.

Por fim, não foi solicitado do juiz de primeiro grau a emissão de sua opinião, quer pessoal, quer jurídica, a respeito das decisões tomadas por este Desembargador ou por este Colegiado, e sua exposição inoportuna e não solicitada trilha caminho contrário à ética, à cortesia e à imparcialidade.

Agora, à decisão guerreada.

A liberdade provisória foi negada pelo juiz de piso com base, dentre outros fatores, na necessidade de garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e na aplicação da pena.

Com efeito, a decisão do magistrado de primeiro grau não apontou elementos concretos que demonstrem a necessidade da medida extrema. Baseou-se

tão somente na gravidade do crime e o clamor público por ele causado, bem como na sensação de impunidade e até mesmo na credibilidade do Poder Judiciário, fundamentos que se mostram insuficientes a manutenção da segregação cautelar do paciente.

Por tal razão, a ordem de liberdade foi deferida liminarmente nos seguintes termos:

> Decisão Interlocutória (fls. 116/120):
> *DECIDO.*
> Analisando os autos, ao menos num juízo perfunctório, verifica-se que o pleito liminar reveste-se de certa plausibilidade jurídica, sendo caso de se deferir a medida de urgência.
> Verifica-se, *primo oculi*, o constrangimento ilegal, pois analisando a necessidade de manutenção da segregação provisória, é válido destacar que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando presentes as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal, necessitando ser devidamente fundamentada em decisão judicial (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal).
> Contudo, embora vasto o rol de legitimados a requerer a preventiva, esta também possui caráter subsidiário, somente se aplicando quando não forem suficientes ou cabíveis as demais medidas cautelares (art. 282, §6º do CPP). Deverão, ainda, estar cabalmente presentes os requisitos insculpidos no art. 312 do CPP, *in verbis*:
> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
> *Ab initio*, vale salientar que, como toda medida cautelar de natureza processual, deverão necessariamente estar presentes os requisitos do *periculum in mora (prericulum libertatis)* e do *fumus boni juris (fumus comissi delicti)*. O último desses requisitos apresenta-se exatamente com a prova da existência do crime (materialidade delitiva) e indício suficiente de autoria.
> Como é cediço, não pode o magistrado deixar de amparar em base empírica, ou seja, nos fatos concretos, a necessidade de manutenção da prisão preventiva, de modo a justificar uma prisão cautelar. Logo, deve demonstrar, claramente, de que forma, e por quais razões, aquela pessoa oferece risco à sociedade caso seja posta em liberdade. Bem assim, deve o Juiz demonstrar, em conformidade com as provas dos autos, a probabilidade da *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.
> Destaco a Súmula n. 08 desta Corte de Justiça, que diz:
> *Súmula nº 08, do TJ-CE - A simples referência à gravidade em abstrato do ilícito constitui circunstância genérica que não deve ser considerada, isoladamente, para a demonstração da necessidade de decretação da prisão cautelar.*

A ordem pública é um dos fundamentos da prisão preventiva que advém da tranquilidade do meio social, que estaria comprovadamente afetada caso o agente não seja enclausurado. Tem o condão de evitar que o indivíduo de evidente periculosidade, uma vez solto, volte a cometer novos crimes.
A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem entendido que os maus antecedentes do segregado revelam a propensão deste ao cometimento de crimes, sendo, portanto, fundamentação idônea à decretação da preventiva. Noutra banda, todavia, a simples gravidade em abstrato do delito ou o clamor público por ele advindo, por si sós, não são embasamento apto a esta modalidade de prisão cautelar. Vejamos:

GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. O CLAMOR PÚBLICO NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. - O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. Precedentes. (HC 92751, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/08/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 22-10-2012 PUBLIC 23-10-2012).

De fato, um dos crimes narrados na inicial é punido a título culpa, no caso o previsto no art. 302 do CTB, e o outro a título de dolo, mas ambos com pena cominada de detenção levando a crer que uma suposta condenação jamais seria fixado o regime fechado e isso, não é suficiente para decretar a prisão preventiva.
Ademais, apesar das condições pessoais favorável do paciente, por si só, não apresentarem o direito subjetivo a liberdade, as mesmas não devem ser desconsideradas na análise do pleito, levando em consideração os bons antecedentes, bem como residência fixa e profissão lícita. (fls. 21/30 e 31/35).
Sobre a credibilidade do Poder Judiciário, bem como respeitabilidade das instituições públicas, ambos não são capazes de justificar a segregação cautelar, tendo em vista que o decreto de prisão preventiva possa prevalecer incólume a restringir o direito de ir e vir do paciente. Bem assim, a decisão, necessariamente deve encerrar fundamentação idônea, concreta e vinculada, com alicerces em fatos pertinentes, cuja existência esteja demonstrada na massa cognitiva dos autos.
Pelo exposto, **defiro a medida liminar**, ordenando, por via de consequência, a expedição de alvará de soltura**,** em favor de FABIANO LOPES MENEZES, para que seja posto em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

> Comunique-se, com urgência, o inteiro teor dessa decisão à autoridade apontada como coatora, solicitando-lhe as informações.
> Com a resposta, abra-se vista a Procuradoria Geral de Justiça.
> Expediente necessário.
> *Fortaleza, 17 de dezembro de 2013.*
> *DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ*
> *Relator*

Portanto, inobstante a conduta do Juízo *a quo* em preocupar-se com a ordem pública, é válido ressaltar que a prisão é medida excepcional, não podendo ser justificada com a gravidade em abstrato do delito, sendo certo que as condições pessoais favoráveis ao acusado, notadamente, a primariedade, os bons antecedentes e o fato de possuir residência certa e profissão definida (tudo conforme documentos acostados às fls. 22/32 e 34/35), apesar de não poderem, por si só, garantir a sua liberdade, também não podem ser desconsideradas na análise do pleito.

Ademais, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, bem como do Superior Tribunal de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Como é cediço, a prisão preventiva é modalidade de prisão cautelar, que em razão da sua excepcionalidade, está cercada de requisitos que não se pode aviltar, sob configuração da ilegalidade do ergástulo cautelar que dela decorrer.

Com efeito, a fundamentação da prisão preventiva consistente na ofensa ao meio social bem como a sensação de impunidade, deve-se difundir na intranqüilidade social ocorrida pelo crime, resultando na colocação do risco iminente as instituições democráticas.

Neste sentido já se posicionou este Colendo Tribunal Alencarino:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO, NA MODALIDADE TENTADA. **CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PREVENTIVO. OCORRÊNCIA. PRISÃO LASTREADA NO TEMOR, EM ABSTRATO, DE CRIMES DESTA NATUREZA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA**. (MARIA ESTELA ARAGÃO BRILHANTE - Fortaleza - 2ª Câmara Criminal - 02/12/2010). (negritei)

> EMENTA: HABEAS CORPUS. **PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. COAÇÃO ILEGAL. CONFIGURAÇÃO**. ORDEM CONCEDIDA MEDIANTE ASSINATURA DE TERMO DE COMPARECIMENTO AOS DEMAIS ATOS DO PROCESSO.

> I - **Ausentes os requisitos autorizadores que sustentam a prisão preventiva, esta deve ser revogada, sob pena de o julgador atuar com juízo de culpabilidade e não de cautelaridade. II - Circunstâncias como a gravidade abstrata do delito, bem como o clamor público decorrente deste, dissociadas de outros elementos concretos, são impróprias a fundamentar a custódia cautelar do paciente. Precedentes do STF e do STJ.** III - Ordem concedida para determinar o relaxamento da prisão do recorrente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura, salvo caso de segregação por outro motivo. (Habeas Corpus 4700445201080600000 - Relator(a): FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE - Comarca: Fortaleza - Órgão Julgador: 1ª Câmara - Data de Registro: 22.10.2010). (negritei)

Tenho por bem em destacar a Súmula nº 08 deste egrégio Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> Súmula nº 08, do TJ-CE - A simples referência à gravidade em abstrato do ilícito constitui circunstância genérica que não deve ser considerada, isoladamente, para a demonstração da necessidade de decretação da prisão cautelar.

Da mesma forma ocorre com a menção a conceitos abstratos de ofensa à credibilidade do Judiciário e a preservação da ordem pública.

No tocante à garantia da instrução criminal, a mera abstração de possibilidade de fuga, sem dados concretos que a caracterizem, inviabiliza a manutenção do cárcere sob tal pressuposto, inclusive porque restou demonstrado que o paciente possui residência fixa, além de ostentar profissão lícita.

Logo, não pode o magistrado deixar de amparar em base empírica, ou seja, nos fatos concretos, a necessidade de garantia da ordem pública, de modo a justificar uma prisão cautelar. Com efeito, deve demonstrar claramente de que forma, e por quais razões, aquela pessoa oferece risco à sociedade caso seja posta em liberdade.

Sobre o assunto, leciona Guilherme de Souza Nucci1 que:

> "A garantia da **ordem pública** deve ser visualizada pelo trinômio **gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente**. Um simples estelionato, por exemplo, cometido por pessoa primária, sem antecedentes, não justifica histeria, nem abalo à ordem, mas um latrocínio repercute negativamente no seio social, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas, a qualquer tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, elementos geradores, por certo de intranquilidade".

Assim, a segregação cautelar é medida que só deve ser utilizada de modo excepcional, desde que presentes os requisitos autorizadores do decreto preventivo, sendo a liberdade provisória medida que se impõe, confirmando-se a liminar anteriormente deferida.

Acerca das medidas cautelares alvitradas pelo impetrante, entendo que tais medidas carecem de plausibilidade, uma vez que tratamos de crime com pena de detenção, assim, a priori, não comportando aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva. De fato, os crimes supostamente cometidos pelo paciente são punidos com pena cominada de detenção, levando a crer que uma suposta condenação jamais seria fixado o regime fechado e isso, com supedâneo no artigo 313 do CPP, não é suficiente para decretar a prisão preventiva. Senão vejamos:

> **Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:**
> **I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;**
> II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
> III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
> IV - (revogado)
> Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Diante do exposto, em dissonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, vislumbrando a ocorrência da ausência de fundamentação da manutenção da segregação preventiva e conseqüente configuração do constrangimento ilegal, CONHEÇO o *writ* e CONCEDO a ordem de liberdade, ratificando a liminar anteriormente deferida, para que o paciente possa responder ao processo em liberdade.

É como voto.

Fortaleza, 20 de maio de 2014

PROCESSO: 0004799-93.2013.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: LUÍZ EDUARDO CLETO RICHETO
PACIENTE: FRANCISCO JEAN DA SILVA
IMPETRANTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE CARIÚS-CE
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. NÃO COMPARECIMENTO EM JUÍZO. FUGA DO DISTRITO DA CULPA, CARACTERIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **Habeas Corpus**, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em **DENEGAR** a ordem impetrada, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, devidamente identificado à epígrafe, onde se alega constrangimento ilegal em face da submissão do paciente a decreto de prisão preventiva exarado pela autoridade coatora.

Aduz-se, em síntese, que o ato tido por coator foi determinado em razão do acriminado, no curso da ação penal a que responde por homicídio qualificado e porte ilegal de arma, ter mudado de endereço, encontrando-se, ele, coacto, recolhido ao Complexo Penitenciário do Vale do Itajaí - Canhanduba, Itajaí, Santa Catarina.

Alega-se que o paciente é réu primário, possui residência fixa e ocupação lícita, trabalhando de pedreiro no Vale do Itajaí, e que mudou de endereço em virtude das ameaças que vinha sofrendo, como também por ter encontrado oportunidade de emprego no Sul do país.

Nesses termos requereu, liminarmente, a revogação do decreto prisional e, no mérito, a manutenção de liberdade para responder a ação penal em liberdade.

Liminar indeferida, sendo requisitadas e prestadas as informações pela autoridade coatora.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça pela denegação da ordem.

É o relato.

VOTO

O paciente é acusado de no dia 3 de junho de 2010, por volta de uma hora da manhã ter morto a tiros Valdir Alves de Oliveira, fato acontecido no interior de um bar no bairro Vila Nova em Carius.

Ao que consta o acusado chegou armado ao sobredito estabelecimento sentando-se com colegas em uma mesa, dentre os quais a vítima, momento em que passou a fazer "roleta russa" com o revólver, apontando-o para a cabeça dos presentes. Fez isso com o primeiro, a arma não disparou, fez com a vítima, ela disparou, atingindo-o, letalmente na cabeça.

Após o crime o paciente evadiu-se do distrito da culpa não havendo notícia do seu paradeiro, razão pela qual a autoridade coatora, ao receber a denúncia, decretou-lhe, em 22 de julho de 2010, a prisão preventiva para a garantia da aplicação da lei penal e da ordem pública.

Citado por edital, realizada audiência de instrução para ouvida de testemunhas, foi determinada a suspensão do processo e do curso do lapso prescricional, nos termos do art. 366 da lei adjetiva penal.

Em 18 de setembro de 2013 foi comunicada a prisão do paciente em Santa Catarina, sendo manejado pedido de revogação de prisão preventiva, o qual foi indeferido pela autoridade coatora.

A defesa alega que a prisão seria ilegal posto que o paciente não tinha intenção de furtar-se à aplicação da lei penal, tendo mudado de endereço por ter recebido ameaças e por ter conseguido emprego em outro estado da federação.

Não obstante o alegado, vê-se que o acriminado, na verdade, evadiu-se do distrito da culpa, tão logo praticou o crime, vindo a ser preso na comarca de Santa Catarina quase três anos depois. Durante todo esse tempo, se verdadeira a alegação do paciente, de que não tencionava furtar-se à aplicação da lei penal, poderia ter comparecido, em juízo, e informado onde poderia ser encontrado. Não o fez. Esperou ser capturado para apresentar as razões do seu desaparecimento, mesmo tendo plena ciência da gravidade da ação penal a que respondia.

Dessa forma não tenho por superados os motivos que ensejaram a prisão preventiva do acriminado. De fato, a fuga do paciente é motivo idôneo a justificar a prisão cautelar, a qual torna-se necessária para garantir a aplicação da lei penal e da ordem pública, porquanto a escusa em atender ao chamamento judicial, dificulta o andamento do processo, retardando ou tornando incerta a aplicação da lei penal, assim como afeta a paz social pois transparece aos cidadãos de bem, não uma sensação, mas uma certeza de impunidade para quem transgride a lei.

Assim é que, pela análise do que dos autos consta, considerando o lapso temporal decorrido entre o desaparecimento do coacto do distrito da culpa e sua captura, pode-se concluir que, de fato, o paciente evadiu-se, propositalmente, nada a garantir que, livre, não o faça novamente. Colocá-lo em liberdade, nesse passo, equivaleria a por o processo a que responde na mais alta prateleira do descaso,contrariando a busca da efetividade da lei penal. Isso porque, sem sombra de dúvidas, teria os mesmos estímulos à fuga e, por certo, desapareceria, sabe-se lá por mais quantos tempo e para onde.

Diante do exposto, é o presente para tomar conhecimento da impetração, porém para denegar a ordem.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

PROCESSO: 0000591-32.2014.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: FERNANDO ANTONIO HOLANDA PINHEIRO
PACIENTE: JOSIMAR SOARES DANTAS
IMPETRANTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE PEREIRO
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSUAL PENAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – ALEGAÇÃO DE CONTRANGIMENTO ILEGAL POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA – PEDIDO PENDENTE DE APRECIAÇÃO DO MAGISTRADO SINGULAR – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA RESTANDO, PORTANTO, VEDADO O EXAME DOS AUTOS PELO ÓRGÃO COLEGIADO SOB PENA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Impossível o conhecimento do *writ* que pretende ser apreciado neste grau de jurisdição, não podendo o órgão *ad quem* usurpar a competência do juízo do 1º grau e substituí-la no exame da matéria, sob pena de supressão de instância.

2. Não consta nos autos a decisão do pedido de revogação de prisão preventiva, portanto, o feito de origem está pendente de julgamento.

3. Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Habeas Corpus, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em não conhecer da impetração, tudo em conformidade com o voto do relator.

Fortaleza, 13 de maio de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de **habeas corpus** em que o paciente, ora suplicante, **JOSIMAR SOARES DANTAS**, preso pela suposta prática do crime de homicídio qualificado, tipificado nos arts. 121, § 2º, IV, do CPB, requer a concessão da liberdade com a expedição de alvará de soltura.

Em síntese, aduz o impetrante a carência de fundamentação no decreto prisional, e, portanto, requer o reconhecimento da ilegalidade da prisão.

A questão suscitada, embora submetida à apreciação do juízo de primeiro grau, ainda encontra-se pendente de julgamento, portanto, configurando inadequação da via eleita.

Liminar indeferida às fls. 71, informações prestadas pela autoridade coatora, às fls. 75/77, consignando todo o andamento processual até então percorrido.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de fls. 79/82, manifestou-se pelo não conhecimento da ordem impetrada .

É o relatório.

VOTO

Em vislumbre à exordial, à outra conclusão não se pode chegar, senão pelo não conhecimento do pedido.

Trata-se de habeas corpus impetrado em favor do paciente nominado, em que se requer a concessão de liberdade, benesse que não foi devidamente apreciada pelo juízo de primeiro grau.

Alega o impetrante que o paciente, preso preventivamente pela suposta prática do crime de homicídio qualificado, e, estando ausentes os requisitos que fundamentam a manutenção da prisão, portanto, requer a concessão do direito de responder o processo em liberdade.

No entanto, observa-se nas informações prestadas pela autoridade coatora, às fls. 75/77, que foi consignado todo o andamento processual até então percorrido, ressaltando, por fim, que no dia 18 de março do corrente ano, foi protocolizado um pedido de revogação de prisão preventiva, que atualmente encontra-se com vistas ao Ministério Público.

Portanto, ao analisarmos o presente caderno processual, verifica-se a pendência de julgamento, eis que não se constata qualquer comprovação de que o pedido de concessão de liberdade, sob os argumentos acima expostos, tenha sido apreciado e

indeferido pela autoridade coatora, circunstância que impede esta Turma de conhecer os argumentos da impetração, sob pena de se caracterizar supressão de instância, posto que estaria a Câmara se antecipando ao juiz natural do feito.

Assim, em que pese os argumentos trazidos, é imprescindível a decisão do julgador singular, que, além de estar mais próximo ao fato em si e as particularidades do feito, foi o responsável pela decretação da prisão preventiva, e, mediante a devida provocação, poderá reapreciar a matéria posta, melhor analisando o pedido da defesa.

Isto posto, a pendência de apreciação do pedido pelo juízo de primeiro grau, inviabiliza a análise, por esta via e neste grau de jurisdição. A ordem não há de ser conhecida.

Nesse sentido, confira-se precedente:

> **EMENTA:** HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA PELOS ESTUDOS. ART. 126, § 5º, DA LEP. ACRÉSCIMO DE 1/3. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REMÉDIO NÃO CONHECIDO.
> 1. Inviável a apreciação do pedido de acréscimo de 1/3 dos dias remidos pelos estudos, previsto no art. 126, § 5º, da LEP, se o Juízo da Execução Penal não apreciou a matéria, porquanto ausentes elementos que subsidiem tal exame e porque sua apreciação diretamente pelo Tribunal implicaria injustificável supressão de instância.
> 2. Habeas corpus não conhecido.
> (Acórdão n.699561, 20130020158355HBC, Relator: JESUINO RISSATO, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 01/08/2013, Publicado no DJE: 08/08/2013. Pág.: 192).

Isso posto, à luz do que dos autos consta, não se conhece o pedido contido no presente **habeas corpus.**

Fortaleza, 13 de maio de 2014.

PROCESSO: 0621542-95.2014.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: JOSÉ CÂNDIDO LUSTOSA BITTENCOURT DE ALBUQUERQUE
PACIENTES: DENNIS BEZERRA GUILHERME, WASHINGTON MARTINS DA SILVA E JOSÉ MILTON ALVES MACIEL JÚNIOR
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA. PERICULOSIDADE DA CONDUTA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. EXCESSO DE PRAZO PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. EXORDIAL DELATÓRIA RECEBIDA PELO JUÍZO *A QUO*. ALEGAÇÃO DE EXCESSO SUPERADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Nada obstante a Constituição Federal tenha estabelecido a liberdade como regra, somente podendo ser vulnerada em casos excepcionais, há de se ressaltar que a segregação cautelar não malfere a presunção de inocência quando devidamente fundamentada pelo julgador a sua necessidade.

2. É idônea a fundamentação da prisão preventiva arrimada na necessidade de garantia da ordem pública, quando a periculosidade dos agentes é evidenciada através do *modus operandi* com o qual foi praticado o delito. Precedentes do STF e STJ.

3. As condições pessoais favoráveis dos pacientes, embora relevantes, não impedem a segregação cautelar, desde que atendidos os requisitos legalmente exigidos para sua decretação, o que ocorreu no caso em tela.

4. Eventual excesso de prazo para o oferecimento da denúncia resta superado com a oferta da peça delatória e seu recebimento pelo juízo processante. Precedente do STF.

5. Ordem conhecida e denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus*, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em DENEGAR a ordem impetrada.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor dos pacientes DENNIS BEZZERRA GUILHERME, WASHINGTON MARTINS DA SILVA e JOSÉ MILTON ALVES MACIEL JÚNIOR, contra ato do Juízo de Direito da 1ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza/CE.

Em síntese, alegam os impetrantes que os pacientes tiveram contra si decretada prisão temporária pelo prazo de 30 (trinta) dias, em razão da investigação do crime de homicídio contra a vítima Francisco Ricardo Costa de Souza. Afirmam que, ao fim do prazo da prisão temporária, o juízo impetrado houve por bem converter a segregação temporária em preventiva, em decisão que, segundo sustentam, carece de fundamentação concreta, não havendo, pois, os pressupostos necessários a autorizar a prisão preventiva dos ora pacientes.

Ressaltam, ademais, que os pacientes possuem condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão definida.

Ao final, requerem a concessão liminar da ordem, para que sejam revogados os mandados de prisão expedidos em desfavor dos pacientes, e no mérito, a confirmação da ordem.

Liminar indeferida em 20.03.2014 (fls. 244/245).

Informações da autoridade coatora às fls. 251/262.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação do presente *writ* (fls. 264/267).

É o breve relatório.

VOTO

Como relatado, cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor dos pacientes DENNIS BEZZERRA GUILHERME, WASHINGTON MARTINS DA SILVA e JOSÉ MILTON ALVES MACIEL JÚNIOR, contra ato do Juízo de Direito da 1ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza/CE.

Em síntese, alegam os impetrantes que a decisão do magistrado impetrado que converteu a prisão temporária dos pacientes em prisão preventiva carece de fundamentação, ressaltando que não se encontram presentes os pressupostos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, a justificar a segregação cautelar dos mesmos.

Analisando-se, acuradamente, a decisão que converteu a prisão temporária dos pacientes em preventiva, percebe-se que a mesma encontra-se adequadamente fundamentada. Transcrevo a seguir trecho da decisão mencionada (fls.257/260):

> [...] Os representados tiveram a prisão temporária decretada, haja vista o preenchimento dos requisitos de cautelaridade (fummus commissi delicti e periculum libertatis) associados a imprescindibilidade da medida para as investigações.
> Cumpre destacar, por oportuno, que para a prisão preventiva há de está preenchidos os requisitos autorizadores descritos no art. 312 e ss. do CPP, aliados que justifiquem o cárcere cautelar.
> No presente caso, é imputada aos representados a prática, em tese, de delito de homicídio contra Francisco Ricardo Costa de Souza, conhecido como "Tico", fato ocorrido no 13 de fevereiro próximo passado, por volta das 13h00, na rua Francisco Glicério, bairro Maraponga, nesta capital.
> **Com efeito, tratando-se de crime grave como é o de homicídio, que por sua natureza reclama rigorosa apuração, ainda mais quando hipoteticamente levado a efeito por policiais militares no uso de suas atribuições legais, pessoas nas quais o cidadão comum e a própria sociedade projetam sua expectativa de segurança, a prisão preventiva é medida que se impõe para garantir a ordem pública e por conveniência da instrução criminal.**
> A ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pela forma personalizada com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros. Como pressuposto da prisão cautelar é a hipótese mais ampla na avaliação da necessidade da segregação, pois se afigura indispensável para acautelar o meio social contra fatores de perturbação, constituindo também importante ponto para a própria credibilidade do Judiciário e das instituições públicas.
> O fato em comento teve danosa repercussão social e gerou revolta na população, que inclusive chegou a atear fogo em veículos do transporte público logo após a notícia do crime como forma de represália a ação desmedida e maléfica dos policiais, tendo a divulgação do delito alcançado os meios de comunicação escritos e falados através de notícias veiculadas pelos órgãos de imprensa, causando real abalo à ordem pública e a intranquilidade da população que necessita ser restabelecida.
> Logo, a despeito de os representados não apresentarem periculosidade aparente, eis que provavelmente nunca cometeram crimes, o fato gerou enorme sentimento de repulsa por ferir as regras éticas mínimas de convivência, sobretudo pela condição dos prováveis autores, atentando contra quem deveriam proteger e zelar pela integridade física.
> Com efeito, se afigura também necessária a segregação preventiva dos representados em detrimento da conveniente instrução criminal, a fim de que se possa preservar a fase procedimental com a colheita de provas

> de maneira lisa, equilibrada e imparcial, sem quaisquer obstáculos e interferências que possam ser exercidas pelos representados ou pessoas ligadas a eles, **notadamente pelo receio demonstrado pelas testemunhas diante dos abalos provocados pela atuação dos agentes a manifestar que o juiz não poderá colher, com segurança os elementos de prova necessários a busca da verdade real.** Neste sentido os seguintes julgados: "STF/606 – I. Prisão cautelar que se mostra suficientemente motivada para a garantia da instrução criminal e preservação da ordem pública, ante a periculosidade do paciente , verificada pela gravidade em concreto dos crimes, e pelo "modus operandi" com que foram praticados os delitos. II. As condições subjetivas favoráveis do paciente não obstam a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente".
> STF/573 – Conforme decisão proferida pelo magistrado de primeira instância, verifico que a constrição cautelar do paciente, ao que parece, foi suficientemente fundamentada, já que, diante do conjunto probatório dos autos da ação penal, a decretação da prisão preventiva se justifica para a garantia da ordem pública e para conveniência da instrução criminal, nos termos do art. 312 do CPP. A circunstância de o paciente ser primário, ter bons antecedentes, trabalho e residência fixa, à evidência, não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos r condições previstas no art. 312 do CPP (HC 831148). Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do "habeas corpus" quando houve necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC 89877), não podendo o remédio constitucional do "habeas corpus" servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao STF".
> Ademais, o magistrado, ao interpretar a legislação penal, deve ter em mente a realidade dos fatos e o momento presente. Não pode esquecer a importância de suas decisões na contenção da onda de violência que vem se alastrando de maneira quase incontrolável no país, alarmando e intranquilizando a população. É esta a realidade que determina ao magistrado não esquecer que ele presta um serviço à sociedade. Sua atuação deverá ser pautada naquilo que melhor atende o meio social em que convive e jurisdiciona.
> Destarte, entendo que a liberdade dos representados neste momento reproduz a malfadada sensação de impunidade, incentivadora da violência e da prática de crimes em geral, razão pela qual a medida cautelar se torna indispensável, razão pela qual DEFIRO o pedido e CONVERTO A PRISÃO TEMPORÁRIA anteriormente decretada contra José Milton Alves Maciel Junior, Dennis Bezerra Guilherme e Washington Martins da Silva em PRISÃO PREVENTIVA, o que faço nos termos e limites da fundamentação supra (CPP – art. 312), uma vez presentes prova da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria.
> Expeça-se os respectivos mandados de prisão. [...]. (Grifo nosso)

Vislumbra-se, portanto, que a magistrada de piso fundamentou sua decisão não apenas na gravidade em abstrato do delito, mas em elementos concretos extraídos dos autos, considerando, de um lado, o *modus operandi* com o qual foi praticado o delito

em apuração, a revelar a periculosidade dos agentes, e de outro lado, a necessidade de garantia da ordem pública, inclusive quanto à sensação de insegurança e impunidade gerada pelo caso concreto, mas sobretudo, para preservar e garantir a colheita de provas, em virtude do "*receio demonstrado pelas testemunhas diante dos abalos provocados pela atuação dos agentes*", como bem consignou a magistrada.

Com efeito, a decisão guerreada não foi vaga, tampouco utilizou-se de meras ilações como alicerce. Ao contrário, foi fundamentada em elementos concretos, que demonstram com clareza a necessidade da prisão cautelar, tanto para a manutenção da ordem pública, quanto para a garantia da instrução criminal.

Não é demais frisar que em crimes desta estirpe, supostamente praticado por policiais militares, costumeiramente existe grande temor por parte das testemunhas, que temem sofrer represálias dos agentes denunciados, o que dificulta sobremaneira a produção de provas.

Por fim, vale lembrar que as condições pessoais favoráveis dos pacientes, embora relevantes, não impedem a segregação cautelar, desde que atendidos os requisitos legalmente exigidos para sua decretação, o que ocorreu no caso em tela.

Portanto, restam presentes os requisitos ensejadores da prisão cautelar, quais sejam, a garantia da ordem pública e da instrução criminal, aliadas aos indícios de autoria e materialidade do crime, tudo em conformidade com o que determina o art. 312 do Código de Processo Penal, tudo devidamente amparado nos fatos concretos extraídos dos fólios processuais.

Assim, nada obstante a Constituição Federal tenha estabelecido a liberdade como regra, somente podendo ser vulnerada em casos excepcionais, há de se ressaltar que a segregação cautelar não conflita com a presunção de inocência, quando devidamente fundamentada pelo julgador a sua necessidade, como é o caso dos autos.

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO POR DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS. INSUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.
> I – **A prisão cautelar se mostra suficientemente motivada para a preservação da ordem pública, tendo em vista a periculosidade do paciente, verificada pelo modus operandi mediante o qual foram praticados os delitos, e o risco de reiteração delitiva. Precedentes.**
> II – Há também orientação assente nesta Corte no sentido de que as

circunstâncias pessoais favoráveis ao paciente, por si sós, não são suficientes para afastar a prisão preventiva embasada nos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.
III - Ordem denegada.
(HC 120835, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 25-03-2014 PUBLIC 26-03-2014) Grifo nosso.

EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ALEGADAS NULIDADES DE PRISÃO EM FLAGRANTE E EXCESSO DE PRAZO PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA SUPERADAS PELA SUBSTITUIÇÃO DO TÍTULO PRISIONAL E PELO RECEBIMENTO DA INICIAL ACUSATÓRIA. EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA A PRISÃO CAUTELAR. ORDEM DENEGADA.
1. As alegadas nulidades referentes à prisão em flagrante do Paciente e ao pretenso excesso de prazo para o oferecimento da denúncia são questões superadas pela substituição do título prisional e pelo recebimento da denúncia.
2. **Considerado o que decidido nas instâncias antecedentes e as circunstâncias em que praticado o delito, a decisão de prisão preventiva do Paciente harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, que assentou que a periculosidade do agente, evidenciada pelo modus operandi, constitui motivo idôneo para a custódia cautelar.**
3. Ordem denegada.
(HC 120601, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 11/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 19-02-2014 PUBLIC 20-02-2014) Grifo nosso.

Ementa: recurso ordinário em habeas corpus. Duplo homicídio qualificado. Prisão preventiva.
1. **Embora a natureza abstrata do crime não constitua motivo hábil e suficiente para a determinação da segregação cautelar, é certo que a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ele foi cometido, justifica a custódia preventiva para o resguardo da ordem pública.**
2. No caso, além da gravidade concreta dos fatos pelos quais o recorrente foi condenado a 18 anos e 4 meses de reclusão, a prisão preventiva está baseada no risco de reiteração delitiva, tendo em vista (i) a existência de outro processo por crimes semelhantes e (ii) a constatação de que "após a prisão dos acusados, os delitos com modus operandi similar cessaram".
3. Prolatada a sentença e julgada a apelação, fica superada a alegação de inércia do Poder Público e, consequentemente, prejudicada a arguição de excesso de prazo. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.
(RHC 118407, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 07-03-2014 PUBLIC 10-03-2014) Grifo nosso.

Na mesma senda é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ART. 121, § 2º, INCISOS III E IV, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. INAPLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA PRISÃO. AUSENTE PATENTE ILEGALIDADE.
> I - A prisão cautelar, a teor do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, é medida excepcional de privação de liberdade, cuja adoção somente é possível quando as circunstâncias do caso concreto, devidamente fundamentadas no art. 312, do Código de Processo Penal, demonstrarem sua imprescindibilidade.
> II - **Demonstrados os requisitos necessários para a manutenção da prisão processual, de rigor sua manutenção, porquanto a necessidade de garantia da ordem pública encontra-se devidamente fundamentada na periculosidade do Recorrente, evidenciada no modus operandi da prática criminosa**, consistente em homicídio qualificado pelo meio cruel e por impossibilidade de defesa, praticado pelo Recorrente, o qual ateou fogo ao corpo da vítima, motivado por ciúmes de sua namorada. Precedentes.
> III - **Dadas as circunstâncias do cometimento do delito, as quais demonstram a necessidade e adequação da segregação cautelar do Paciente, torna-se evidente a ineficácia das cautelas alternativas, apontadas nos arts. 319 e 320, do Código de Processo Penal, no que se refere à garantia da ordem pública no caso dos autos.**
> IV - Recurso ordinário em habeas corpus improvido.
> (RHC 43.876/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 14/05/2014) Grifo nosso.

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO TENTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA.
> GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO RÉU. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. **A decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva está concretamente fundamentada na garantia da ordem pública em face da periculosidade do réu, demonstrada pelo modus operandi do crime que lhe foi imputado.** O Recorrente é acusado pela suposta tentativa de homicídio qualificado de sua companheira e teve a custódia cautelar decretada porque agiu com intensa crueldade contra à vítima, de modo a indicar o risco concreto de reiteração delitiva.
> 2**. Condições pessoais favoráveis tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, quando presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.**
> 3. Recurso desprovido.

> (RHC 46.464/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 16/05/2014) Grifo nosso.

Portanto, a decisão do juízo *a quo* encontra-se devidamente fundamentada, pois suficientemente demonstrados os motivos ensejadores da segregação cautelar.

Em sustentação oral, durante a sessão de julgamento, o impetrante alegou, ainda, a ocorrência de excesso de prazo para o oferecimento da denúncia.

Contudo, consultando-se os autos da ação penal em primeira instância, verifica-se que a denúncia já foi oferecida, e inclusive, recebida pelo juízo *a quo*, restando superada, pois, a alegação de excesso de prazo.

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ALEGADAS NULIDADES DE PRISÃO EM FLAGRANTE E EXCESSO DE PRAZO PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA SUPERADAS PELA SUBSTITUIÇÃO DO TÍTULO PRISIONAL E PELO RECEBIMENTO DA INICIAL ACUSATÓRIA. EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA A PRISÃO CAUTELAR. ORDEM DENEGADA.
> 1. As alegadas nulidades referentes à prisão em flagrante do Paciente e ao pretenso excesso de prazo para o oferecimento da denúncia são questões superadas pela substituição do título prisional e pelo recebimento da denúncia.
> 2. Considerado o que decidido nas instâncias antecedentes e as circunstâncias em que praticado o delito, a decisão de prisão preventiva do Paciente harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, que assentou que a periculosidade do agente, evidenciada pelo modus operandi, constitui motivo idôneo para a custódia cautelar.
> 3. Ordem denegada.
> (HC 120601, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 11/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 19-02-2014 PUBLIC 20-02-2014)

Destarte, não há constrangimento ilegal no presente caso, estando superado eventual excesso de prazo para o oferecimento da denúncia.

Diante do exposto, em consonância com o parecer ministerial, não vislumbro constrangimento ilegal, uma vez que a prisão está justificada e a decisão devidamente fundamentada, motivo pelo qual DENEGO a ordem impetrada.

É como voto.

Fortaleza, 20 de maio de 2014.

PROCESSO: 0621715-22.2014.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: JOÃO ANTÔNIO DESIDÉRIO DE OLIVEIRA
PACIENTE: JULENE DO NASCIMENTO
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE PALMÁCIA
RELATOR: DES. PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PREJUDICIALIDADE NA FORMAÇÃO DA CULPA ANTE A AUSÊNCIA DO LAUDO DEFINITIVO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. MERA IRREGULARIDADE. LAUDO DE CONSTATAÇÃO PROVISÓRIA É SUFICIENTE PARA FINS DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE NA PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO CONFIGURADO. INSTRUÇÃO ENCERRADA. SÚMULAS Nº 52, DO STJ, E Nº 9, DO TJCE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

1. Paciente preso em flagrante no dia 02.11.2013, com posterior conversão da prisão em preventiva, acusado de suposta prática delitiva capitulada nos artigos 33 da lei nº 11.343/06.

2. Sustenta o impetrante (I) nulidade da audiência em face da ausência do Laudo Definitivo de Constatação de Substância Entorpecente, pleiteando, assim, a realização de uma nova audiência, com a existência nos autos do citado laudo definitivo. Ressalta, ainda, (II) excesso de prazo para a formação da culpa, haja vista que o paciente se encontra preso há aproximadamente 06 (seis) meses, restando, assim, configurado o constrangimento ilegal.

3. A ausência de laudo definitivo da droga apreendida, não impede a decretação da custódia cautelar pela prática do crime de tráfico, pois é suficiente para estabelecer a materialidade do delito o laudo de constatação preliminar. Inteligência do

art. 50, § 1.º da Lei n.º 11.343/2006. Assim, a inexistência do laudo definitivo de constatação de drogas, desde que juntado antes da prolação da decisão final, constitui mera irregularidade que, por si só, não tem o condão de macular a prisão cautelar, sobretudo, quando latente a natureza das substâncias apreendidas, que foi demonstrada pelo laudo de constatação preliminar coligido aos autos.

4. É pacífico na jurisprudência pátria que encerrada a instrução criminal, não há mais que se falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo para formação da culpa, só podendo haver a mitigação de tal entendimento em caso de patente ilegalidade, o que não ocorre no caso concreto. Aplicação da Súmula nº 52, do STJ e da Súmula nº 09, do TJ-CE.

5. Em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, CONHEÇO da ordem e a DENEGO, mantendo-se a prisão cautelar do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, em DENEGAR a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor do paciente JULENE DO NASCIMENTO, contra ato do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Palmácia/CE.

Sustenta o impetrante que o paciente foi preso em flagrante no dia 02.11.2013, com posterior conversão da prisão em preventiva, acusado de suposta prática delitiva capitulada nos artigos 33 da lei nº 11.343/06.

Sustenta o impetrante (I) nulidade da audiência em face da ausência do Laudo Definitivo de Constatação de Substância Entorpecente, pleiteando, assim, a realização de uma nova audiência, com a existência nos autos do citado laudo definitivo.

Ressalta, ainda, (II) excesso de prazo para a formação da culpa, haja vista que o paciente se encontra preso há aproximadamente 06 (seis) meses, restando, assim, configurado o constrangimento ilegal.

Por fim, requer, liminarmente, a concessão da ordem, para responder ao processo em liberdade, com a expedição do respectivo alvará de soltura e, no mérito, a confirmação da decisão, com a ordenação de realização de uma nova audiência.

Liminar indeferida em 26.03.2014 (fls. 12/13).

Informações da autoridade coatora em 09.04.2014 (fls. 17/32).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, instada a se manifestar, opinou em 24.04.2014, pela denegação da ordem (fls. 34/38).

É o breve relatório.

VOTO

Como relatado, trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor do paciente JULENE DO NASCIMENTO, contra ato do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Palmácia/CE.

Sustenta o impetrante que o paciente foi preso em flagrante no dia 02.11.2013, com posterior conversão da prisão em preventiva, acusado de suposta prática delitiva capitulada nos artigos 33 da lei nº 11.343/06.

Sustenta o impetrante (I) nulidade da audiência em face da ausência do Laudo Definitivo de Constatação de Substância Entorpecente, pleiteando, assim, a realização de uma nova audiência, com a existência nos autos do citado laudo definitivo.

Ressalta, ainda, (II) excesso de prazo para a formação da culpa, haja vista que o paciente se encontra preso há aproximadamente 06 (seis) meses, restando, assim, configurado o constrangimento ilegal.

Feitos estes esclarecimentos de início, passo a analisar *o writ.*

Concernente a prejudicialidade, arrazoada pelo impetrante, em face da ausência do Laudo Definitivo de Constatação de Substância Entorpecente para embasar o decreto prisional, pleiteando, assim, a realização de uma nova audiência, com a existência nos autos do citado laudo definitivo, entendo por não assistir razão ao impetrante.

Com efeito, o laudo toxicológico definitivo somente é exigível no momento da decisão final, sendo certo que sua ausência no decorrer do processo constitui mera irregularidade, incapaz de nulificar o processo ou até mesmo a prisão, sobretudo, quando possível constatar a natureza da substância apreendida, pelo laudo de constatação preliminar coligido aos autos (fl. 08).

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial dos nossos Tribunais. Senão Vejamos:

> EMENTA OFICIAL: HABEAS-CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO - MERA IRREGULARIDADE - ORDEM DENEGADA.
> 1- O laudo toxicológico definitivo é requisito essencial a comprovar a materialidade do delito de tráfico de drogas ao tempo da sentença.
> 2- Ordem denegada.
> (TJ-MG - HC: 10000130496722000 MG , Relator: Pedro Vergara, Data de Julgamento: 17/09/2013, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 23/09/2013, undefined)
>
> HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO - DESNECESSIDADE - DECISÃO QUE CONVERTEU A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - ORDEM DENEGADA. - O laudo toxicológico definitivo é imprescindível para o momento da prolação da sentença. - Inexiste constrangimento ilegal se a decisão que manteve a prisão cautelar visa salvaguardar a ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta dos atos praticados, a periculosidade do paciente e a quantidade de drogas apreendidas. - Condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não garantem o eventual direito a responder ao processo em liberdade, sobretudo se a prisão se faz necessária para a garantia da ordem pública.
> (TJ-MG - HC: 10000130367154000 MG , Relator: Edison Feital Leite, Data de Julgamento: 03/07/2013, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/07/2013, undefined)
>
> HABEAS CORPUS - ARTS. 33 E 35, DA LEI Nº 11.343/2006 - EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA - INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA - APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 52 DO STJ - AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO ANTES DA SENTENÇA - MERA IRREGULARIDADE - DENEGADA A ORDEM. - Encerrada a instrução criminal, não há que se falar em excesso de prazo para formação da culpa, consoante preceitua a súmula nº 52 do STJ. - A inexistência do laudo definitivo de constatação de drogas, desde que juntado antes da prolação da decisão final, constitui mera irregularidade que, por si só, não tem o condão de macular a prisão cautelar, sobretudo, quando latente a natureza das substâncias apreendidas, que foi demonstrada pelo laudo de constatação preliminar coligido aos autos.
> (TJ-MG - HC: 10000130427115000 MG , Relator: Jaubert Carneiro Jaques, Data de Julgamento: 23/07/2013, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 31/07/2013, undefined)

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - AUSÊNCIA DE LAUDO DEFINITIVO - MERA IRREGULARIDADE - DECISÃO A QUO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO - ORDEM DENEGADA. - O laudo toxicológico definitivo é imprescindível no momento de prolação da sentença e sua ausência no decorrer do processo constitui mera irregularidade. - Não caracteriza constrangimento ilegal a manutenção da segregação se a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva está fundamentada na motivação arrolada na lei processual penal: art. 312 do CPP. - Estando a custódia cautelar devidamente justificada na garantia da ordem pública, não há que se falar em constrangimento ilegal. (TJ-MG - HC: 10000121247696000 MG , Relator: Furtado de Mendonça, Data de Julgamento: 15/01/2013, Câmaras Criminais Isoladas / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 22/01/2013, undefined)

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUSÊNCIA DE LAUDO DEFINITIVO - DESNECESSIDADE - ART. 50, § 1º, DA LEI Nº 11.343/06 - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA - DECISÃO FUNDAMENTADA - PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA DELITIVA - PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CPP - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - LIBERDADE PROVISÓRIA - VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06 - PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE - APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO - INADEQUAÇÃO - PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÃO PROCESSUAL - COMPATIBILIDADE - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - INSUFICIÊNCIA - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A ausência de laudo definitivo de constatação de substância entorpecente, antes da prolação da sentença, não enseja a nulidade do procedimento, mormente por já haver nos autos o exame preliminar de constatação de drogas.

2. Nos termos do art. 50, § 1º, da Lei nº 11.343/06 "Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea".

3. A presença nos autos de prova da materialidade e indícios suficientes da autoria do delito de tráfico de drogas aponta para a necessidade da manutenção da custódia cautelar, como forma de garantia da ordem pública, nos termos do estatuído no art. 312 do Código de Processo Penal.

4. Embora a Lei nº 11.464/07 tenha dado nova redação ao art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, retirando do seu texto a expressão liberdade provisória, esta não pode ser concedida ao agente acusado pela prática do delito de tráfico de drogas, em razão da vedação legal prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06.

5. O art. 44 da Lei nº 11.343/06 não é inconstitucional, tampouco foi revogado pela Lei 11.464/07, em face do princípio da especialidade.

> 6. O inde ferimento do pedido de Liberdade Provisória decorre do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que considera inafiançável o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, preceito este recepcionado pelo art. 323, I, do Código de Processo Penal, com nova redação dada pela Lei nº 12.403/11.
> 7. As medidas cautelares diversas da prisão preventiva revelam-se inadequadas e insuficientes em face das circunstâncias do caso e da gravidade do delito.
> 8. A presunção de inocência não é incompatível com a prisão processual e nem impõe ao Paciente uma pena antecipada, porque não deriva do reconhecimento da culpabilidade, mas aos fins do processo, como medida necessária à garantia da ordem pública, à conveniência da instrução criminal e/ou para assegurar a aplicação da lei penal, razão pela qual não se há de cogitar em violação do mencionado princípio constitucional.
> 9. A existência de condições pessoais favoráveis, por si só, não é suficiente para autorizar a concessão da liberdade provisória, já que tais condições devem ser analisadas diante do contexto dos autos.
> (TJ-MG - HC: 10000130604291000 MG , Relator: Rubens Gabriel Soares, Data de Julgamento: 10/09/2013, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 18/09/2013, undefined)

Na mesma vertente, colaciono o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. JUNTADA APÓS A SENTENÇA. NULIDADE NÃO VERIFICADA. LAUDO PRELIMINAR NÃO CONTESTADO. MATERIALIDADE COMPROVADA POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃODA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SEMOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTEAPREENDIDO. ORDEM DENEGADA.
> 1. Paciente condenada à pena de 03 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e mais 50 dias-multa pela prática do delito do art. 12, caput, da Lei n.º 6.368/1976, porque mantinha em depósito, para fins de mercancia ilícita, três tijolos de maconha, pesando 0,92g,outros três tijolos da mesma droga, com massa de 118g, e mais uma porção de 0,14g da mesma substância.
> 2. A juntada tardia do laudo definitivo não tem o condão de acarretar, no caso, a nulidade do feito, tendo em vista que não exerceu influência no julgamento, não havendo demonstração do prejuízo sofrido pela Defesa, porque a materialidade delitiva restou sobejamente demonstrada por outros meios probatórios.
> 3. Na espécie, embora a reprimenda não exceda a 04 anos de reclusão,não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena de prisão por sanção alternativa, em razão da grande quantidade de entorpecente apreendido em poder da Sentenciada. 4. Ordem denegada.

> (STJ - HC: 167220 RS 2010/0055960-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 01/03/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2012, undefined)

É certo que o delito de tráfico de entorpecentes, além de equiparado a hediondo, é doloso e punido com reclusão. Sendo que a liberdade provisória do paciente alimenta a proliferação de drogas na sociedade, contribuindo com as nefastas conseqüências que o crime em caso gera na saúde pública, ainda, na disseminação de diversos outros delitos.

Destarte, entendo que se reputa devidamente fundamentada a ordem de segregação, estando os motivos ensejadores da segregação cautelar demonstrados em razão da necessidade de garantia da paz social e da garantia da ordem pública.

Fato é que o bem jurídico tutelado nos crimes envolvendo o tráfico e utilização de substâncias entorpecentes são justamente a saúde pública e o bem estar da coletividade, o que por si só demonstra a periculosidade da conduta cujos indícios imbuem ao paciente.

Assim, a amplitude social do crime de tráfico de drogas, insculpem a premente e indispensável necessidade de garantia da ordem pública, item suficiente a justificar a decretação de segregação prisional cautelar, nos termos do art. 312 do CPP. Senão, vejamos *in verbis*:

> **Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.**
> Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Portanto, restam presentes os requisitos ensejadores da prisão cautelar, quais sejam, a garantia da ordem pública, aliada aos indícios de autoria e materialidade do crime, tudo em conformidade com o que determina o art. 312 do Código de Processo Penal, sendo devidamente amparado nos fatos concretos extraídos dos fólios processuais.

Sobre o tema, cito os seguintes entendimentos do Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. **TRÁFICO DE ENTORPECENTES**. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO EM 23.09.2009. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL.

NORMA ESPECIAL. LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. **DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS (6,1g DE MACONHA E 162g DE COCAÍNA). PARECER DO MPF PELO INDEFERIMENTO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.**

1. A vedação de concessão de liberdade provisória, na hipótese de acusados da prática de tráfico ilícito de entorpecentes, encontra amparo no art. 44 da Lei 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos), que é norma especial em relação ao parágrafo único do art. 310 do CPP e à Lei de Crimes Hediondos, com a nova redação dada pela Lei 11.464/07. Referida vedação legal é, portanto, razão idônea e suficiente para o indeferimento da benesse, de sorte que prescinde de maiores digressões a decisão que indefere o pedido de liberdade provisória, nestes casos.

2. **Ademais, no caso concreto, presentes indícios de autoria e provada a materialidade do delito, a manutenção da prisão cautelar encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública, tendo em vista a diversidade dos entorpecentes apreendidos (6,1g de maconha e 162g de cocaína), a indicar a periculosidade da acusada e a prática reiterada do ilícito.**

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada.

(HC 163.007/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 18/10/2010) (negritei)

Colaciono também as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal:

Como já decidiu esta Corte, **'a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos'** (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 03.06.2005). **Nessa linha, deve-se considerar também o 'perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação'**.

(HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 17.05.2007).

(HC 106.788, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 31-5-2011, Segunda Turma, DJE de 4-8-2011) (negritei)

É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem de olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas coordenadas dão conta da culpabilidade do acusado. **Já no que toca à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e vetores, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente.** Não propriamente da culpabilidade. Pelo que o quantum da pena está para a culpabilidade do agente assim como **o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social quanto à possibilidade de reiteração delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública).**

(HC 96.212, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 16-6-2010, Primeira Turma, DJE de 6-8-2010). (negritei)

Assim, ainda que a nova ordem constitucional consagre no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e que a faculdade de aguardar o julgamento em liberdade seja regra, estes princípios não têm aplicação à espécie, vez que a prisão antes do trânsito em julgado do édito condenatório pode ser admitida a título de cautela, em virtude de *periculum libertatis*, como na espécie, restou evidenciado e fundamentado, em consonância com o art. 93, IX c/c art. 5º, LXI, ambos da CF/88.

Destarte, malgrado a irresignação do impetrante, inexistindo qualquer ilegalidade capaz de gerar a nulidade da custódia, ainda que a prisão provisória seja uma medida extrema, certo é que em casos excepcionais como o dos autos, prevalece sobre liberdade individual.

Portanto, não se mostra cabível a substituição da segregação prévia por outra medida cautelar. Isso porque, se o réu coloca em risco a segurança pública, não há espaço para a substituição da prisão por medidas cautelares alternativas, que, como se sabe, nesses casos, são muito menos abrangentes e eficazes.

No que tange a alegação de excesso de prazo, conforme verificado por meio da consulta processual efetivada através do sítio eletrônico desta Corte de Justiça (e-SAJ e SPROC), a instrução criminal realmente encontra-se encerrada.

Portanto, resta afastada qualquer alegativa de excesso de prazo, pois encerrada a instrução criminal para a acusação, cessa o constrangimento ilegal, conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> SÚMULA Nº 52 DO STJ: Encerrada a instrução criminal fica superada a alegação de constrangimento ilegal advindo do excesso de prazo.

Na mesma vertente, esta Corte sumulou referido entendimento através da Súmula nº 09, cujo teor transcrevo a seguir:

> Não há falar em ilegalidade da prisão por excesso de prazo, quando a instrução criminal estiver ultimada para a acusação, pendente o encerramento da atividade probatória de diligências requeridas pela defesa.

Eis os julgados do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NA POSSE DE 293 KG DE MACONHA E 250 G DE HAXIXE. ALEGAÇÃO DE

CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 52/STJ. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS E CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. ANÁLISE DE MATÉRIAS NÃO DEBATIDAS NA ORIGEM. OCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES.

1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso do "habeas corpus" e não mais o admitem como substitutivo de recursos e nem sequer para as revisões criminais.

2. Encerrada a instrução criminal, não há espaço para se aventar excesso de prazo (Súmula 52, deste Superior Tribunal de Justiça).

3. *omissis*.

4. *omissis*

(HC 274.976/MS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 14/10/2013)(grifei).

HABEAS CORPUS - ROUBO QUALIFICADO - WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO - IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA - ANULAÇÃO DA SENTENÇA - PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA - EXCESSO DE PRAZO PARA A DECRETAÇÃO DO NOVO ÉDITO - LIBERDADE - IMPOSSIBILIDADE NOVA SENTENÇA PROFERIDA - ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO SUPERADA - SÚMULA 52/STJ - HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1 – 6 - *omissis*

7 **- Encerrada a instrução e proferida nova sentença condenatória - em que se mantiveram as penas por crime de roubo consumado, nos moldes da sentença anterior - a aplicação do entendimento sedimentado no enunciado n. 52 da Súmula do STJ é medida que se impõe, em decorrência da superação do alegado excesso de prazo.**

8 - Habeas corpus não conhecido.

(HC 266.958/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2013, DJe 14/10/2013) (grifei).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 33, CAPUT, E ART. 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM RAZÃO DA SUPOSTA OCORRÊNCIA DE FLAGRANTE PREPARADO. PEDIDO NÃO APRECIADO PERANTE O TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. SÚMULA 52/STJ.**

I - Tendo em vista que os pedidos de relaxamento da prisão, por se tratar de flagrante preparado, e de liberdade provisória, por não estarem presentes os requisitos do art. 312 do CPP, não foram apreciados pela autoridade apontada como coatora, fica esta Corte, em princípio, impedida de examinar tais alegações, sob pena de indevida supressão de instância (Precedentes).

II - **Encerrada a instrução criminal e encontrando-se o feito na fase do art. 403, § 3º, do CPP (apresentação de memoriais), fica, por ora, superado o pretenso constrangimento por excesso de prazo (Precedentes/Súmula nº 52-STJ).** Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.

> (HC 158.347/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 07/06/2010). (negritei)
>
> HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, E ART. 35, AMBOS DA LEI 11.343/06). VEDAÇÃO LEGAL. **EXCESSO DE PRAZO (1 ANO E 8 MESES).** COMPLEXIDADE DO FEITO. PLURALIDADE DE ACUSADOS (35). **INSTRUÇÃO ENCERRADA.** PEDIDO DE EXAME PERICIAL PELA DEFESA. **SÚMULA 52/STJ.** PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.
> 1. A concessão de Habeas Corpus em razão da configuração de excesso de prazo é medida de todo excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação (A) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação; (B) resulte da inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º., LXXVIII da Constituição Federal; ou (C) implique em ofensa ao princípio da razoabilidade.
> 2. Neste caso, o alongamento do término da instrução probatória (1 ano e 8 meses) pode ser atribuído, entre outras causas, à complexidade do feito e à pluralidade de acusados (35 pessoas), com procuradores diversos.
> 3. **Outrossim, a instrução criminal já se encontra encerrada, não tendo ainda sido prolatada a sentença em razão da realização de perícia, requerida tardiamente pela defesa, contribuindo para a demora (Súmula 64/STJ), ficando superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo (Súmula 52/STJ).**
> 4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.
> (HC 163.740/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2010, DJe 13/12/2010). (negritei)

Portanto, por não vislumbrar, neste momento, nenhum constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, a denegação da ordem é medida que impõe. Em suma, resta inequívoca a incidência da Súmula nº 52 do STJ e da Súmula nº 09 do TJ-CE, razão pela qual considero não haver constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo que macule a prisão do paciente.

Diante do exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, CONHEÇO da ordem e a DENEGO, mantendo-se a prisão cautelar do paciente.

É como voto.

Fortaleza, 20 de maio de 2014

PROCESSO: 0803080-43.2013.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: HERICKSON JOSÉ COELHO MONTE
PACIENTE: CARLOS EDUARDO RIBEIRO DA SILVA
IMPETRANTE: JUIZ DE DIREITO DA 11ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSUAL PENAL – ROUBO MAJORADO E RECEPTAÇÃO – PRISÃO PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA – NÃO CONFIGURAÇÃO – INSTRUÇÃO PROBATÓRIA ENCERRADA – ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.
1. Ultimada a instrução processual, cujo encerramento se deu em 20 de dezembro do ano pretérito, estando o feito apenas aguardando a apresentação dos memoriais do Ministério Publico, portanto, não há que se falar em constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo na formação da culpa.
2. *"Ratio essendi"* que se retira da jurisprudência majoritária, inclusive, sumulada, pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 52) e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (Súmula nº 09).
3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Habeas Corpus, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer a ordem, mas para denegá-la, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 03 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor

de **CARLOS EDUARDO RIBEIRO DA SILVA**, pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 157, § 2º, I e 180, caput, ambos do CPB e art. 14, da Lei 10.826/2003, na forma do ar. 69 do CPB, apontando como autoridade coatora o juízo de direito da 11ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/CE.

O impetrante pugna pelo relaxamento da prisão do acusado, ao argumento de que há excesso de prazo na formação da culpa.

Liminar indeferida às fls.19.

Informações prestadas pela autoridade impetrada às fls. 23/25, nas quais dá conta de que foi finalizada a instrução, estando atualmente os autos com vistas ao Ministério Público para a apresentação dos memoriais.

Às fls. 28/30, a Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos legais de admissibilidade. Conhece-se da ordem, porém para denegá-la.

O habeas corpus tem por objetivo restabelecer a liberdade do paciente, tendo como argumentação primordial a ocorrência de excesso de prazo na formação da culpa.

Alega o impetrante que o paciente foi preso em flagrante delito no dia 14 de julho de 2013, pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 157, § 2º, I e 180, caput, ambos do CPB e art. 14, da Lei 10.826/2003, na forma do ar. 69 do CPB, permanecendo enclausurado por tempo injustificado, sem que a instrução tenha sido encerrada.

Busca o impetrante a liberdade do paciente, sob o argumento de que este sofre constrangimento ilegal, haja vista o excesso de prazo na formação da culpa.

No entanto, extrai-se das informações da autoridade impetrada (fls. 23/25), que o processo, o qual responde o acusado, encontra-se com a instrução finalizada e que atualmente os autos encontram-se com vistas ao Ministério Público para a apresentação dos memoriais.

Desta feita, não há como se acolher o pedido, pois o alegado excesso de prazo na formação da culpa restou superado com o encerramento da instrução criminal. Cumpre registrar que os prazos não são fatais, improrrogáveis, justificando-se um excesso de acordo com a peculiaridade de cada caso.

À luz da jurisprudência majoritária, inclusive sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 52) e por esta Egrégia Corte (Súmula nº 09), superada está a alegação de constrangimento ilegal advindo de excesso de prazo, *in verbis:*

> SÚMULA Nº 52 DO STJ: " Encerrada a instrução criminal fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo."
>
> SÚMULA Nº 09 DO TJCE: " Não há que se falar em ilegalidade da prisão por excesso de prazo, quando a instrução criminal estiver ultimada para a acusação, pendente o encerramento da atividade probatória de diligências requeridas pela defesa".

Com efeito, a controvérsia objeto da presente impetração resolve-se pelo obstáculo que se lhe impõe os enunciados sumulares já referidos, restando superada a alegação de excesso de prazo na instrução.

Nesse sentido, veja-se a jurisprudência:

> "O excesso de prazo no encerramento da instrução criminal só constitui constrangimento ilegal quando injustificado, não assim se a demora resulta de peculiaridades do feito" (TJSP - HC 127137-3/2 - RT 687/277).
>
> "O prazo legal para a conclusão de processo de réu preso não pode ser resultado da simples somatória dos lapsos para a realização de todos os atos previstos na lei, mas deve se adequar à complexidade da causa" (TACRIMSP - RDJTACRIM 31/329).

Ante o exposto, considerado não haver constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo a macular a prisão do paciente, conhece-se da presente ordem, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Fortaleza, CE, 03 de fevereiro de 2014.

PROCESSO: 0000861-56.2014.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: PEDRO PESSOA CÂMARA
PACIENTE: CRISSILIANO FRANCELINO CARDOSO
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PERICULOSIDADE DA CONDUTA E RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITIVA. APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. INVIABILIDADE. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

1. Paciente encontra-se preso desde 28.10.2013, quando fora preso em flagrante, com posterior conversão em preventiva, pelo suposto cometimento do crime tipificado no artigo 155, §4º, III e IV, do Código Penal Brasileiro. Na ocasião, sustenta a ilegalidade da segregação cautelar em virtude da (I) ausência de fundamentos para sua decretação e manutenção, vez que o paciente não imporia risco a sociedade, a instrução criminal ou ao cumprimento da legislação penal, assim, não tendo o magistrado de piso demonstrado a presença dos pressupostos necessários a imposição preventiva, ou seja, por não estarem presentes os requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal. Roga, ainda, pela (II) substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa da prisão.

2. No que tange a alegação de ilegalidade na decretação da segregação cautelar, diante da ausência de fundamentação, inexistindo os quesitos legais à decretação e manutenção da preventiva, ou seja, por não estarem presentes os requisitos do

art. 312, do Código de Processo Penal, entendo que a decisão do juízo *a quo* encontra-se devidamente fundamentada, pois subsistem e persistem os motivos ensejadores da segregação cautelar. Precedentes do STJ.

3. A garantia da ordem pública está evidenciada não só na gravidade em abstrato do delito, que é avassalador da ordem moral e social, mas também na periculosidade do paciente e no risco de reiteração. Precedentes TJ-CE.

4. Embora seja verdade que os dados a serem considerados para o caso em análise devam ser aqueles extraídos tão somente da presente investigação, não se pode fechar os olhos ao fato de que o investigado, como se noticia, possui outra ação em curso contra si, pelo suposto cometimento em crime de roubo qualificado, o que mostra a pretensa natureza voltada para o crime, com riscos concretos de reiteração delitiva, circunstância, portanto, suficiente a impor a segregação cautelar. Precedentes.

5. Mister salientar que não se mostra cabível a substituição da segregação prévia por outra medida cautelar. Isso porque, se o réu coloca em risco a segurança pública, não há espaço para a substituição da prisão por medidas cautelares alternativas, que, como se sabe, nesses casos, são muito menos abrangentes e eficazes se tratando de indivíduo afamado pela Polícia Judiciária.

6. Condições pessoais favoráveis ao paciente, com fulcro no entendimento jurisprudencial, inclusive desta Corte, não se mostra capaz de atribuir ao réu o direito subjetivo à liberdade.

7. Em consonância com o parecer ministerial, por não vislumbrar ilegalidade no decreto prisional impugnado, conheço do presente *writ*, mas DENEGO a ordem impetrada, mantendo-se a prisão cautelar do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus*, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado

do Ceará, por votação unânime e em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, em conhecer o *writ*, mas para DENEGAR a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado em favor do paciente CRISSILIANO FRANCELINO CARDOSO, contra ato do Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/CE.

Em síntese, alega o impetrante que o paciente encontra-se preso desde 28.10.2013, quando fora preso em flagrante, com posterior conversão em preventiva, pelo suposto cometimento do crime tipificado no artigo 155, §4º, III e IV, do Código Penal Brasileiro.

Na ocasião, sustenta a ilegalidade da segregação cautelar em virtude da (I) ausência de fundamentos para sua decretação e manutenção, vez que o paciente não imporia risco a sociedade, a instrução criminal ou ao cumprimento da legislação penal, assim, não tendo o magistrado de piso demonstrado a presença dos pressupostos necessários a imposição preventiva, ou seja, por não estarem presentes os requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal. Roga, ainda, pela (II) substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa da prisão.

Por fim, requer, liminarmente, a concessão da ordem, para responder ao processo em liberdade, com a expedição do respectivo alvará de soltura e, no mérito, a confirmação da decisão.

Liminar indeferida em 08.04.2014 (fls. 48/50).

Informações da autoridade coatora em 23.04.2014 (fls. 54/55).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, instada a se manifestar, opinou em 30.04.2014, pelo não conhecimento da ordem, todavia, não sendo esse o nosso entendimento, opina pela denegação da ordem (fls. 57/64).

É o breve relatório.

VOTO

Como relatado, cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado em favor do paciente CRISSILIANO FRANCELINO CARDOSO, contra ato do Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/CE.

Em síntese, alega o impetrante que o paciente encontra-se preso desde 28.10.2013, quando fora preso em flagrante, com posterior conversão em preventiva, pelo suposto cometimento do crime tipificado no artigo 155, §4º, III e IV, do Código Penal Brasileiro.

Na ocasião, sustenta a ilegalidade da segregação cautelar em virtude da (I) ausência de fundamentos para sua decretação e manutenção, vez que o paciente não imporia risco a sociedade, a instrução criminal ou ao cumprimento da legislação penal, assim, não tendo o magistrado de piso demonstrado a presença dos pressupostos necessários a imposição preventiva, ou seja, por não estarem presentes os requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal. Roga, ainda, pela (II) substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa da prisão.

Feitos estes esclarecimentos de início, passo a analisar *o writ.*

No que tange a alegação de ilegalidade na decretação da segregação cautelar, diante da ausência de fundamentação, inexistindo os quesitos legais à decretação e manutenção da preventiva, ou seja, por não estarem presentes os requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal, entendo que a decisão do juízo *a quo* encontra-se devidamente fundamentada, pois subsistem e persistem os motivos ensejadores da segregação cautelar.

Fato é que o bem jurídico tutelado nos crimes envolvendo o patrimônio são justamente a segurança pública e o bem estar da coletividade, o que por si só demonstra a periculosidade da conduta cujos indícios imbuem ao paciente.

In casu, restam presentes os requisitos ensejadores da prisão cautelar, quais sejam, a garantia da ordem pública, aliada aos indícios de autoria e materialidade do crime, tudo em conformidade com o que determina o art. 312 do Código de Processo Penal, sendo devidamente amparado nos fatos concretos extraídos dos fólios processuais.

Sobre o tema, cito os seguintes entendimentos do Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO EM 23.09.2009. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. NORMA ESPECIAL. LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS (6,1g DE MACONHA E 162g DE COCAÍNA). PARECER DO MPF PELO INDEFERIMENTO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. A vedação de concessão de liberdade provisória, na hipótese de acusados da prática de tráfico ilícito de entorpecentes, encontra amparo no art. 44 da Lei 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos), que é norma especial em relação ao parágrafo único do art. 310 do CPP e à Lei de Crimes Hediondos,

> com a nova redação dada pela Lei 11.464/07. Referida vedação legal é, portanto, razão idônea e suficiente para o indeferimento da benesse, de sorte que prescinde de maiores digressões a decisão que indefere o pedido de liberdade provisória, nestes casos.
> 2. **Ademais, no caso concreto, presentes indícios de autoria e provada a materialidade do delito, a manutenção da prisão cautelar encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública,** tendo em vista a diversidade dos entorpecentes apreendidos (6,1g de maconha e 162g de cocaína), a indicar a periculosidade da acusada e a prática reiterada do ilícito.
> 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.
> 4. Ordem denegada.
> (HC 163.007/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 18/10/2010) (negritei)

Colaciono também as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal:

> Como já decidiu esta Corte, **'a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos'** (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 03.06.2005). **Nessa linha, deve-se considerar também o 'perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação'**. (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 17.05.2007). (HC 106.788, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 31-5-2011, Segunda Turma, DJE de 4-8-2011) (negritei)

> É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem de olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas coordenadas dão conta da culpabilidade do acusado. **Já no que toca à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e vetores, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente.** Não propriamente da culpabilidade. Pelo que o quantum da pena está para a culpabilidade do agente assim como **o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social quanto à possibilidade de reiteração delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública).**
> (HC 96.212, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 16-6-2010, Primeira Turma, DJE de 6-8-2010). (negritei)

Ademais, embora seja verdade que os dados a serem considerados para o caso em análise devam ser aqueles extraídos tão somente da presente investigação, não se pode fechar os olhos ao fato de que o investigado, como se noticia, possui outra ação em curso contra si, pelo suposto cometimento em crime de roubo qualificado, o

que mostra a pretensa natureza voltada para o crime, com riscos concretos de reiteração delitiva, circunstância, portanto, suficiente a impor a segregação cautelar.

Na mesma vertente de que a periculosidade e o risco concreto de reiteração ao crime justificam sua segregação cautelar, este Egrégio Tribunal de Justiça, em julgado que teve como relator o Eminente Desembargador Francisco Haroldo R. de Albuquerque, assim já se decidiu:

> ***HABEAS CORPUS.*** **PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA.** EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. MORA CAUSADA PELA DEFESA. **INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL.**
> I - Presentes os requisitos que autorizam a custódia preventiva do agente, não há falar em constrangimento ilegal.
> II - **"A periculosidade do agente justifica a custódia preventiva como garantia da ordem pública." (Min. Carlos Velloso - STF - HC 84981).**
> III - A teor do descrito no art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva também será decretada para assegurar a aplicação da lei penal, tal como se verifica no caso sob enfoque, uma vez que o réu efetivamente empreendeu fuga.
> IV - **A jurisprudência consolidou posição no sentido de que, diante de indícios concretos de reiteração criminosa pelo paciente, caso posto em liberdade, justificada está a prisão cautelar, com o fim de garantir a ordem pública e a credibilidade da justiça.**
> V - **Ademais, a primariedade e as boas condições pessoais não impedem a segregação cautelar, desde que atendidos os requisitos legalmente exigidos para sua decretação.**
> VI a VIII - *Omissis.*
> IX - Ordem denegada.
> (Habeas Corpus 7250076201080600000 - Relator(a): FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE - Comarca: Fortaleza - Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal - Data de registro: 11/11/2010). (negritei)

Demonstra-se, portanto, audácia e nocividade ao convívio social, sendo necessária a custódia cautelar para garantida ordem pública. Logo, está devidamente evidenciada a garantia da ordem pública não só na gravidade em abstrato do delito, que é avassalador da ordem moral e social, mas também na periculosidade do paciente e no risco de reiteração delitiva.

Na mesma vertente a Suprema Corte já decidiu:

> É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem de olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas coordenadas dão conta da culpabilidade do acusado. **Já no que toca à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos**

> **fatos e vetores, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente.** Não propriamente da culpabilidade. **Pelo que o quantum da pena está para a culpabilidade do agente assim como o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social quanto à possibilidade de reiteração delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública).**
> (HC 96.212, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 16-6-2010, Primeira Turma, DJE de 6-8-2010).

A bem dizer, a periculosidade é a pedra de toque para que o acusado não possa merecer os benefícios legais. Destarte, a existência de ameaça à tranqüilidade pública se encontra justificada diante dos argumentos anteriormente expendidos. Dessa forma, mister salientar que não se mostra cabível a substituição da segregação prévia por outra medida cautelar. Isso porque, se o réu coloca em risco a segurança pública, não há espaço para a substituição da prisão por medidas cautelares alternativas, que, como se sabe, nesses casos, são muito menos abrangentes e eficazes se tratando de indivíduo afamado pela Polícia Judiciária.

Por outro lado, no que pese a alegação por parte do impetrante de condições pessoais favoráveis ao paciente (fl. 07), o entendimento jurisprudencial, inclusive desta Corte, é de que tal circunstância não se mostra capaz de atribuir ao réu o direito subjetivo à liberdade.

Assim é a jurisprudência pátria:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. ROUBO MAJORADO. LIBERDADE DO PACIENTE QUE ENSEJA RISCO IMINENTE E CONCRETO À ORDEM PÚBLICA. **CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS NÃO TÊM O CONDÃO DE ELIDIR A MANUTENÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR.** COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. ORDEM CONHECIDA, PORÉM DENEGADA.
> 1. Não é admissível amplo e profundo exame do material probatório coligido nos autos, na via do habeas corpus.
> 2. **Percebe-se que resta demonstrado nos autos, com fundamentação bem posta, que a liberdade do paciente impõe risco iminente e concreto à ordem pública, em face da periculosidade do agente, consubstanciada na reiteração delitiva.**
> 3. **Condições pessoais favoráveis não tem o condão de imunizar o paciente contra a decretação e a manutenção de prisão cautelar.**
> 4. Ordem conhecida e denegada.
> (HC 9731-66.2009.8.06.0000/0, Relator(a): Des. Francisco Gurgel Holanda, 2ª Câmara Criminal, julgado em 27/07/2009, publicado em 17/08/2009) (negritei)

Portanto, a meu sentir, a decisão do juízo *a quo* encontra-se devidamente fundamentada, pois subsistem e persistem os motivos ensejadores da segregação cautelar.

Diante do exposto,

em consonância com o parecer ministerial, por não vislumbrar ilegalidade no decreto prisional impugnado, conheço do presente *writ*, mas DENEGO a ordem impetrada, mantendo-se a prisão cautelar do paciente.

É como voto.

Fortaleza, 20 de maio de 2014

Perda de Patente

PROCESSO Nº 811-40.2008.8.06.0000/0
TIPO: PROCESSO DE PERDA DA PATENTE DO OFICIALATO
ÓRGÃO JULGADOR: CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS
REQUERENTE: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÂO DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DO ESTADO DO CEARÁ
JUSTIFICANTE: EVILSON PINTO PEREIRA
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA

EMENTA: PROCESSO DE PERDA DA PATENTE DO OFICIALATO - PRESCINDIBILIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO DE AÇÃO PENAL PARA PERMITIR A PERDA DO CARGO, DECIDIDA POR CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO - NATUREZA ADMINISTRATIVA - JURISPRUDÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO - INCOMUNICABILIDADE DAS INSTÂNCIAS - OFICIAL DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR QUE VIOLOU OS DEVERES DE ÉTICA E PUNDONOR MILITAR. AFRONTA À HIERARQUIA E DISCIPLINA-INDIGNIDADE PARA O CARGO-COMETIMENTO, EM TESE, DOS DELITOS DE ESTUPRO COM VIOLÊNCIA FICTA, ABANDONO DE INCAPAZ E HOMICÍDIO QUALIFICADO- GRAVE OFENSA A UMA DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE MAIOR CREDIBILIDADE-AFRONTA AO LEMA DO ESTAMENTO"*VIDAS ALHEIAS E RIQUEZAS SALVAR"*- PERDA DO POSTO E DA PATENTE DE OFICIAL BOMBEIRO MILITAR, DE RIGOR COM A CONSEQUENTE DEMISSÃO. DECISÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO E DO EXCELENTÍSSIMO SENHOR GOVERNADOR DO ESTADO RATIFICADA *IN TOTUM.*

1.Em que pese inexistir, à época, trânsito em julgado no que tange às ações penais em desfavor do ora justificante, é entendimento pacificado pela doutrina e jurisprudência que impera a incomunicabilidade das instâncias administrativas e criminais. Se nesta seara poderá ser aplicada uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa, em virtude de uma conduta típica, antijurídica e culpável, naquela deverá

ser auferido se a conduta criminal do oficial afetou a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, em direta afronta aos consagrados valores da instituição bombeirística, possuidora de inegável respeito e credibilidade perante a comunidade, tornando-o indigno de ali permanecer.

2.Insta salientar, ainda, que há dois procedimentos em que um oficial dos órgãos de Segurança Pública poderá perder o posto ou a patente: por meio de representação da Procuradoria de Justiça oficiante diante das Câmaras Criminais Reunidas, exigindo-se como *Conditio sine qua non* trânsito em julgado de uma ação penal com pena privativa de liberdade superior a 02(dois) anos; ou, o caso dos autos, de procedimento administrativo oriundo do Conselho de Justificação. Neste, não se exige a *res iudicata* da ação penal que pesa em desfavor do justificante, mas apenas que a decisão administrativa do órgão disciplinar, para que tenha condições de exigibilidade, passe à apreciação do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado e, por derradeiro, pelo crivo de um Tribunal competente, sem os quais o ato demissório não poderá se consubstanciar. Ademais, o art. 75 da Lei 13.407, arremata que o Conselho de Justificação é responsável por apurar transgressões disciplinares cometidas por oficial e a incapacidade deste para permanecer no serviço ativo militar, condicionada à expulsão, como predito, de chancela do chefe do Executivo estadual e de um Tribunal competente.

3**.**Concluído o procedimento, tanto na fase administrativa como na judicial, o então militar não conseguiu trazer aos autos razão plausível para os desvios de conduta que lhes foram imputados, sendo inarredável a sua imediata exclusão dos quadros da Corporação Bombeiro Militar, aplicando-lhe a sanção disciplinar de demissão em decorrência de indignidade para o oficialato.

4**.***In casu*, é cristalino como os raios solares que a gravidade dos crimes cometidos pelo oficial produziu marcas indeléveis nos valores morais e éticos da tão admirada instituição Bombeiro Militar, cujo labor diário é o de salvar vidas. Produziu uma mácula que pôs em descrédito toda uma corporação que

tanto a população alencarina venera.

5.Seria contraditório permanecer nos quadros da predita organização militar, oficial que ceifou a vida de sua ex-companheira e mãe de sua filha, abandonando-a, ainda, em outro Estado da federação, em flagrante arrepio ao lema:"***VIDAS ALHEIAS E RIQUEZAS SALVAR".***

6.Decisões do Conselho de Justificação e do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado hão de ser ratificadas na sua íntegra.

7. Decretada a indignidade do Capitão BM Evilson Pinto Pereira matrícula n° 097361-1-5 para o Oficialato, e ato contínuo, seja consubstanciado seu ato demissório, recomendando-se à Administração Militar, a cassação das condecorações e honrarias eventualmente outorgadas ao justificante, bem como o registro desta decisão nos respectivos assentamentos.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Processo Especial de Perda da Patente do Oficialato n° 811-40.2008.8.06.0000/0, em que figura como requerente o Conselho de Justificação do Corpo de Bombeiro Militar do Estado do Ceará, e justificante o Capitão Bombeiro Militar Evilson Pinto Pereira matrícula n° 097361-1-5.

Acordam os Desembargadores integrantes das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer dos presentes fólios oriundos do Conselho de Justificação para julgar improcedente a Justificação, chancelando a decisão do Conselho de Justificação e do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado pela pena de demissão do oficial, declarando a indignidade para o Oficialato, e em consequência, a perda do posto e da patente do do Capitão Bombeiro Militar Evilson Pinto Pereira, o que faço em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

RELATÓRIO

Trata-se de Processo Especial Administrativo de Perda da Patente do Oficialato, figurando como requerente o Conselho de Justificação do Corpo de Bombeiro Militar do Estado do Ceará e Justificante o Capitão Bombeiro Militar Evilson Pinto Pereira.

O procedimento foi instaurado por meio de ato administrativo publicado no Diário Oficial do Estado n°140, de 25 de julho de 2007, cujo desiderato foi avaliar a capacidade do Oficial, como militar de carreira, em permanecer nos quadros da instituição Bombeirística Militar, tendo em vista os seguintes desvios funcionais que lhe foram atribuídos(fls.02/3º Volume):

> "CONSIDERANDO que os fatos narrados nas Sindicâncias, Processos nºs 02133131-6(abuso sexual contra a menor Maria Lívia da Silveira) e 040337715-6(homicídio qualificado de sua companheira e abandono de sua filha de 03(três) anos de idade na cidade de Natal-RN), evidenciam que o Capitão EVILSON PINTO PEREIRA do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Ceará possui uma personalidade violenta e moralmente degenerada, tornando-o indigno ao oficialato do Corpo de Bombeiros; CONSIDERANDO que o Capitão EVILSON PINTO PEREIRA; buscando sua própria projeção pessoal, sem antes esgotar todos os recursos administrativos, resolveu denegrir o nome da instituição perante a imprensa cearense; CONSIDERANDO que embora o Capitão EVILSON PINTO PEREIRA, como Bombeiro Militar, fosse obrigado a pautar sua conduta com honradez, tornou-se um péssimo exemplo para a tropa, em razão dos gravíssimos fatos a ele imputados, os quais representam séria afronta à hierarquia, à disciplina, aos deveres de ética e ao pundonor militar....."

As atividades do Conselho de Justificação tiveram seu regular prosseguimento, com primeira Sessão em 30 de outubro de 2007.

O Justificante foi qualificado e interrogado(fls.08/09, 3º volume), ato que se repetiu (fls.10/11, 3º volume) eis que somente no último foi devidamente acompanhado de advogado, oferecendo Defesa Prévia(fls.12/13).

Foram ouvidos como testemunhas Maria José Silveira(fls.137/138, 3º volume), Maria Lívia Silveira(fls.34/35, 3º volume) e José Victor da Silva(fls.144/145, 3° volume).

A Defesa arrolou como testemunha Márcia Fanavides Rodrigues Gomes(fls.163/164, 3º volume), Oscarina Gomes de Lima(fls.165/166, 3° volume) e Margarete Rodrigues Gomes(fls.167, 3º volume).

Alegações Escritas(fls.172/174, 3° volume), em que o justificante ressalta a extinção da punibilidade na seara penal de sua primeira acusação, em face da retratação da representação da genitora da menor no ilícito de estupro com violência ficta, e no que tange aos delitos de homicídio e abandono de incapaz, verbera a existência apenas de indícios, o que tornaria imperiosa sua absolvição diante do órgão correicional.

Em 04 de janeiro de 2008, o Conselho de Justificação, em decisão unânime(fls.189/205), julgou o prefalado oficial Bombeiro Militar culpado das

acusações que pesavam contra si e incapaz de permanecer na ativa, devendo ser punido com Demissão.

Os autos vieram a esse Areópago por ato do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado em exercício(fls.220, 4º volume), confirmando julgamento do Conselho de Justificação, com esteio no art.86, V, da Lei Estadual n° 13.407/03, cuja decisão foi publicada no Diário Oficial do Estado de n°093, de 20 de maio de 2008.

O processo foi distribuído a Eminente Desa. Mariza Magalhães Pinheiro, que em despacho(fls.227, 4º volume), remeteu-os à Procuradoria Geral de Justiça.

A então Procuradora Vera Lúcia Correira Lima, hoje membro vitalício dessa Corte de Justiça, em parecer de fls.228/230, como fiscal da lei, manifestou-se pela citação do justificante e apresentação de defesa(se porventura quisesse).

Diligência devidamente acolhida pela ilustrada Desembargadora, então relatora do feito(fls.232, 4° volume).

Citado(fls.234, 4º volume), o justificante defendeu-se(fls.236/239, 4º volume), rechaçando qualquer envolvimento amoroso com menor de 14(catorze) anos além da pendência de recurso no que tange aos delitos de homicídio qualificado e abandono de incapaz, o que obstacularia a declaração de sua indignidade, asseverando não haver cometido nenhum ato criminoso que maculasse a Instituição. Subsidiariamente, acaso esse colegiado de togados entenda pela sua indignidade, que não seja demitido, mas apenas conduzido à reserva.

Instado a se manifestar(fls.243/252, 4º volume), o *Custus Legis* opinou pela procedência da feito em epígrafe, consequente perda da patente do ora Capitão Bombeiro Militar Evilson Pinto Pereira.

Com a aposentadoria da Exma. Desa. Mariza Magalhães, os autos foram redistribuídos à Desa. Maria Estela Aragão Brilhante.

Em face da remoção desta para a Egrégia 2ª Câmara Criminal, os autos me vieram conclusos em 01/07/2009.

Dando impulsionamento ao feito, determinei que fosse dado vista dos autos ao Justificante para que apresentasse, conforme previsto regimentalmente(art.150, §4°, RITJ/CE), as suas alegações.

Ofício oriundo do Gabinete do Comando do Corpo de Bombeiros(fls.266, 4° volume), informando que , no dia 29 de setembro de 2011, o justificante e sua advogada tiveram acesso aos autos.

Não satisfeito com o prefalado ofício, afim de que não fosse suscitada uma posterior nulidade dos autos, eis que não havia a aposição de ciente do justificante/ advogada, tampouco foi expedido por um meirinho que tivesse fé pública, determinei a

notificação da patrona do justificante, Dra. Gertudes Maria Araújo Monteiro Cavalcanti, OAB/CE 10.526, à procedida via Diário de Justiça.

Certidão emitida pelo Serviço de Recursos Criminais(fls.270, 4º volume), dando conta de cumprimento do expediente determinado.

Por fim, Certidão de Decorrência de Prazo(fls.272, 4º volume), sem que nada tenha sido apresentado.

É o relatório.

VOTO

Ab initio, hei de esclarecer que o Regimento Interno dessa Corte(em art. 150, §1° ao §4º) dispõe sobre o rito do Processo de Perda do Posto e Patente do Oficialato na modalidade de Representação originada da Procuradoria Geral de Justiça, sendo omisso no que tange aos feitos oriundos do Conselho de Justificação. Aliás, estes tem a sua ritualística regulada pela Lei Estadual n° 13.407/2003, que em seu art.87 determina que após parecer do fiscal da lei, deverá ser efetuada a revisão e inclusão em pauta para julgamento. No entanto, vassalo que sou da Carta Magna, por observar que o art.150, §4º do RITJCE dava mais uma oportunidade para que o Justificante apresentasse defesa, determinei, após a manifestação do *Custus Legis*, a apresentação de alegações por parte do Oficial. Ofício do Gabinete do Comandante Geral do Corpo de Bombeiros Militar(fls.266, 4° volume), afirma que o justificante e sua advogada tiveram acesso aos autos no dia 29 de setembro de 2011. No entanto, inexistindo aposição de "ciente" por parte do militar e de sua patrona, tampouco certidão confeccionada por um meirinho que possuísse fé pública, determinei que fosse a causídica do militar, Dra. Gertrudes Maria Araújo Monteiro Cavalcanti, OAB/CE 10.526, novamente notificada, desta vez pelo Diário de Justiça, expediente cumprido consoante certidão de fls.270 (4º volume), expirando o prazo sem que a procuradora do oficial nada apresentasse (fls.272, volume 4).

Dali em diante, prossegui na marcha processual, deixando de notificar pessoalmente o justificante para que indicasse outro advogado de sua confiança, sob pena de não o fazendo, nomear-lhe um Defensor Público oficiante perante essa Egrégia Corte, como de praxe em processos penais, o que fiz por entender, perfilhando o esposado na Súmula Vinculante n°5, que a ação é eminentemente administrativa e como tal, a não nomeação de defensor dativo não malfere a Constituição, mormente quando o justificante foi acompanhado em praticamente todos os atos procedimentais por advogado, sendo-lhe garantido o direito a ampla defesa e o devido processo legal e sobretudo porque o art.87 da Lei 13.407/2003, dispondo sobre a ritualística de processos

originados do Conselho de Justificação, determina que, após o parecer ministerial, deverá ser efetuada a revisão do feito e inclusão em pauta para julgamento.

Insta salientar, na trilha do esposado, que ainda que os fólios estejam sendo submetidos a apreciação judicial, não perdem a sua natureza administrativa. Assim é o entendimento da Suprema Corte brasileira:

> "PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PEÇA ESSENCIAL. AUSÊNCIA. SÚMULA 288 DO STF. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR. PERDA DO POSTO E PATENTE DE OFICIAL. DECISÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> I-Decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento em razão da ausência de peças essenciais à compreensão da controvérsia. Incidência da Súmula 288 do STF. II- Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida. III- Decisão do Tribunal de Justiça Militar, em Conselho de Justificação, que decreta a perda do posto e de patente de oficial tem natureza administrativa, sendo inadmissível a interposição de RE. IV- Agravo regimental improvido.
> (AI-Agr 650238, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, Dje 31.08.2007)(grifei).

A dicção da Súmula Vinculante n°5 só vem aclarar mais ainda:"*A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição."*

Ultrapassada esta premissa, para melhor exame da ***Quaestio Iuris,*** doravante passarei a destrinçar o mérito da querela.

Tratam os presentes autos, repita-se, de Processo Especial de Perda da Patente do Oficialato oriundo do Conselho de Justificação que tem como justificante o Capitão Bombeiro Militar Evilson Pinto Pereira.

No que tange à necessidade de trânsito em julgado da ação penal que tramita em desfavor do militar, é necessário lembrar a dicção de alguns dispositivos da *Lex Matter.* Observe-se o art.42, *caput,* e §1°da Lei Maior:

> "Os membros das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.
> §1°. Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art.14, §8°, do artigo 40, §9°, e do artigo 142, §§ 2° e 3°, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do artigo 142, §3°, X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores."(grifei).

> Dispõe o art.142, § 3º, VI e VII, da Constituição Cidadã:
> " […]
> VI- O oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de Tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de Tribunal especial, em tempo de guerra;
> VII- O oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;"(grifei).

Assim, ao contrário do que tenta fazer crer o Justificante, ao sustentar a imprescindibilidade de trânsito em julgado da ação penal para que possa perder sua patente, o que se observa das normas constitucionais em comento é que há duas possibilidades disso ocorrer.

1ª Possibilidade: quando condenado pela justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado.

Essa situação, aliás, encontra-se bem delineada no art.150, §1° ao 5° do Regimento Interno desse Sodalício. Assim, após a *res iudicata* da ação penal, quando os autos retornam ao juízo de origem, deverá o promotor de Justiça comunicar a condenação à Procuradoria de Justiça com assento nas Câmaras Criminais Reunidas para que ofereça representação contra o oficial, pela perda do posto e da patente do oficialato. A análise do feito em comento caberá a um Tribunal competente. Sendo acolhida a representação pela indignidade ou incompatibilidade, não necessitará da chancela do Governador do Estado. Esta autoridade, como chefe-mor do Poder Executivo, terá apenas a incumbência de executar o acórdão prolatado, encarregando-se dos expedientes administrativos para a demissão ou a inatividade com a reforma do militar transgressor.

2ª possibilidade: refere-se aos feitos oriundos do Conselho de Justificação, em que são decorrentes de decisões adotadas pela Administração Militar, no âmbito do Poder Executivo. A título de esclarecimento, no que tange aos militares das Forças Armadas, encontra-se disciplinada na Lei 5.836/72, plenamente recepcionada pela Carta de Outubro.

Decorrente da autonomia do ente político estadual, em seu poder de auto-legislação, aquele disciplina a matéria na Lei 13.407/2003(Estatuto do Código de Disciplina da Polícia Militar do Ceará e do Corpo de Bombeiro Militar do Estado do Ceará) em seu art.75, senão vejamos: *"O Conselho de Justificação destina-se a apurar as transgressões disciplinares cometidas por oficial e a incapacidade deste para permanecer no serviço militar."*

Neste caso, de acordo com a antedita lei estadual, após relatório conclusivo do Conselho de Justificação de que o oficial é culpado das acusações, tal decisão deverá ser submetida ao crivo do Governador do Estado, que poderá confirmá-la, como ocorreu *in casu*, e remeter os autos ao Tribunal de Justiça do Estado. Perante esta Corte, o oficial acusado será citado e, querendo, oferecerá defesa. Ato contínuo, será dado vista ao *Parquet,* para parecer e em seguida, revisados e incluídos em pauta para julgamento.

Assim, por entender, na vertência, que os autos possuem natureza administrativa, em que é prescindível a *res iudicata*, ressaltado pela regra da incomunicabilidade das instâncias administrativas e penais, rejeito a alegativa do justificante para obstar o prosseguimento do feito. A mais alta Corte Castrense comunga com o meu entendimento:

> *"CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. NATUREZA ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. PRELIMINARES DE ARQUIVAMENTO DO FEITO. REJEIÇÃO. OFICIAL DECLARADO INDIGNO AO OFICIALATO. PERDA DO POSTO E DA PATENTE. 1. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. É pacífica a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte que o Conselho de Justificação é de natureza administrativa. 2. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. É consagrado no Direito Brasileiro a independência das instâncias. Assim sendo, um mesmo fato jurídico pode ter reflexos penais, administrativos e civis. Equivale a dizer que fatos que deram suporte a um determinado processo no Foro criminal podem, por sua natureza e circunstância, servir de subsídio a um julgamento administrativo, sem que isso represente um "BIS IN IDEM". São instâncias autônomas. 3. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PENA CONCRETIZADA. EFEITOS SECUNDÁRIOS. Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, o reconhecimento da extinção da punibilidade, pela prescrição da pena concretizada, tem como conseqüência, apenas, a não-execução da pena e/ou de medida de segurança, subsistindo os efeitos secundários da condenação. "Em regra, as causas extintivas de punibilidade só alcançam o direito de punir do estado, subsistindo o crime em todos os seus requisitos e a sentença condenatória irrecorrível (...). O reconhecimento da prescrição da pretensão executória (...) somente impede a execução da pena e de eventual medida de segurança, subsistindo os efeitos secundários da condenação... ."(DAMÁSIO E. DE JESUS). 4. CARTA PRECATÓRIA. CONHECIMENTO PRÉVIO DA DEFESA DE SUA EXPEDIÇÃO. FORMULAÇÃO DE QUESISTOS. COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS. DESNECESSIDADE. Tendo sido o Justificante intimado da expedição de Carta Precatória, sendo-lhe facultado formular os quesitos que entendeu convenientes ao embasamento de sua defesa, não há que se falar em violação do princípio constitucional da ampla defesa. "Não há necessidade de intimação do réu e de seu advogado quanto à data marcada para inquirição de testemunha em outra comarca, se para eles houve a intimação da expedição da precatória. E se nulidade fosse existente, seria*

> *relativa, estando sanada pela ausência de argüição em tempo oportuno... ." (HC nº 72.651-8/MG - 1ª Turma/STF). 5. Não constitui qualquer ilegalidade o fato de os Comandantes das Forças Singulares submeterem a Conselho de Justificação oficial condenado à pena privativa de liberdade inferior a 02 (dois) anos, se tal decorreu de decisão já transitada em julgado. Inteligência do artigo 2º, inciso IV, da Lei nº 5.836/72. É o caso dos autos. Sendo o oficial Justificante considerado culpado dos fatos a ele imputados, pelo Superior Tribunal Militar, impõe-se considerá-lo indigno do oficialato, com a conseqüente perda do posto e da patente. Rejeitadas as preliminares de arquivamento do feito, suscitadas pela Defesa. No mérito, o Tribunal julgou o Justificante culpado, à unanimidade de votos, e, por maioria, declarou-o indigno do oficialato, com a conseqüente perda do posto e da patente."*
> (Proc. Conselho de Justificação N°000005-93.2004.7.00.0000/DF Decisão: 23/11/2004, Ministro Relator: Flávio de Olveira Lencastre, Superior Tribunal Militar)(grifei).

O Pretório Excelso, igualmente, apascentou a matéria:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PERDA DO POSTO E DE PATENTE POR INDIGNIDADE E INCOMPATIBILIDADE DO OFICIALATO. DECISÃO DE CUNHO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. A jurisprudência desta Corte fixou entendimento no sentido de que é inviável recurso extraordinário interposto contra decisão proferida em Conselho de justificação, dada sua natureza administrativa. Agravo regimental a que se nega provimento.*
> (AI- AgR 719502, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, Dje 19.09.2008).
>
> " *Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Decisão do Conselho de Justificação. Natureza administrativa. 3. Incabível a interposição de recurso extraordinário. Precedentes desta Corte. 3. Agravo regimental a que se nega provimento*.
> (AI- AgR 811.709, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 06/12/2010).
>
> *"Recurso extraordinário: descabimento: natureza administrativa da decisão do STM que, em Conselho de Justificação, decreta a perda do posto e de patente, por indignidade e incompatibilidade com o oficialato(L. 5.836/72, art.16, I): precedentes da Corte*.
> (RE 318469, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 05.04.2002)

Esse entendimento, ressalte-se, vem ratificado no enunciado sumular de número 673 da Suprema Corte brasileira, *ipsis litteris*: *"O art. 125, §4°, da Constituição, não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo."*

Em 02(duas) oportunidades, guardando similitude, essa Egrégia Câmara Criminal Reunida já enfrentou a matéria, sem que houvesse trânsito em julgado, como se infere:

> "***ADMINISTRATIVO. PERDA DE PATENTE OU POSTO DE OFICIALATO. OFICIAL PM CONSIDERADO INDIGNO DE PERMANECER NOS QUADROS DA CORPORAÇÃO MILITAR ESTADUAL.***
> ***[…]7.Considerando que o Capitão PM Daniel Gomes Bezerra, matrícula funcional de n° 113.334-1-7, desvirtuou a sua função, na medida em que violou os deveres da ética e dos valores que regem a conduta de um militar estadual, e ainda, considerando o compromisso por ele prestado de defender a sociedade, julgo procedente a decisão governamental para declarar o oficial justificante indigno do oficialato, decretando a perda do posto e da patente, na forma do parágrafo 1°, inciso I, do art.87, da Lei 13.407 do ano de 2003."***
> (Proc. n°2007.0019.5455-3/0, Perda de Patente ou Posto de Oficialato, Rel. Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira, acórdão por maioria, Câmaras Criminais Reunidas, TJ/CE, julgado em 27 de fevereiro de 2008).
>
> "***PERDA DE PATENTE OU POSTO DE OFICIALATO. OFICIAL QUE APRESENTA CONDUTA INDIGNA COM A FUNÇÃO EXERCIDA. COMETIMENTO DO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DECISÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO CONFIRMADA."***
> ***(***Proc. Perda da Patente de n° 15074-48.2006.8.06.0000/0, Rel. Juiz Convocado Inácio de Alencar Cortez Neto, acórdão por unanimidade, Câmaras Criminais Reunidas, TJ/CE, julgado em 31 de março de 2010)

A doutrina, por sua vez, dissecando o tema, esclarece a função judicante do Tribunal de Justiça na espécie:

> "***O Tribunal competente, ao julgar a declaração de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato e a consequente declaração de perda do posto e da patente, transforma-se em Tribunal Moral, Tribunal de Honra.***
> ***Não se rediscute o mérito do processo que deu origem ao julgamento da declaração pretendida, seja oriunda da Justiça Militar, da Justiça Comum ou do Conselho de Justificação. Tal mérito já foi analisado durante a ação penal ou durante o desenrolar do processo administrativo. Não há produção de provas.***
> ***Julga-se, apenas e tão somente se o fato pelo qual o oficial foi condenado ou pelo qual foi julgado incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade das Forças Armadas, Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares, afetou ou não o pudonor militar e o decoro da classe, violando deveres que lhes são impostos, colocando a corporação a que pertence em descrédito perante a sociedade que é encarregada de proteger, a tal ponto***

> ***que lhe acarrete(ao oficial representado) a declaração de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato com a consequente declaração da perda do posto e da patente.***
> ***O contraditório limita-se à possibilidade do oficial representado demonstrar extreme de dúvida que os fatos pelos quais restou processado, judicialmente ou administrativamente, não lhe desonraram, não lhe maculam, nem lhe deixam qualquer nódoa pessoal ou profissional"***
> (*In* Centro de Estudos de Direito Militar, acesso em http:// www.cesdim.org.br/temp.aspz? Pagina ID= 105)(grifo nosso).

Continuando a minha linha de raciocínio, fincado na supramencionada lição doutrinária, o processo de Indignidade para o Oficialato não se presta a questionar o mérito da decisão administrativa, mas tão somente apurar se em face da conduta imputada ao justificante, este ainda possui condições éticas e morais para permanecer na corporação militar. Obviamente, que o Tribunal de Justiça, deverá efetuar um controle de legalidade da decisão originada do Conselho de Justificação. E, acerca dela, não observei qualquer pecha ou eiva apta a anulá-la. A decisão administrativa obedeceu aos ditames do devido processo legal, sendo garantido ao justificante contraditório e a ampla defesa. É de bom alvitre lembrar que o interrogatório do justificante(fls.08/09) teve seu expediente renovado(fls.10/11), e isso se deu porque somente no último ato processual é que o militar foi regularmente acompanhado de um profissional habilitado para realizar sua defesa técnica.

Concluindo o pensamento, verifico que os fatos imputados ao justificante fê-lo incapaz de ostentar nos ombros as insígnias que lhe foram outorgadas ao ingressar na carreira de oficial Bombeiro Militar do Estado do Ceará.

Acompanhando o magistério de Jorge César de Assis: "*Natural, portanto, que o oficial deva ser líder de seus comandados, servir de exemplo e modelo a ser seguido já que a Constituição e as Leis cercam o exercício de sua função de prerrogativas essenciais e dignificantes"*(*in* Direito Militar, 2ª ed., pág.81-gn)

Faz-me lembrar algo que sempre tenho dito: as autoridades, geralmente, querem os bônus advindos das funções que ocupam, mas se esquecem dos ônus. A dicção do art.11, §3° da Lei 13.407(Estatuto Disciplinar da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar) é no mesmo sentido: "*A violação da disciplina militar será tão mais grave quanto mais elevado for o grau hierárquico de quem a cometer."*

Exercer uma função de comando em uma instituição que possui notória credibilidade pública por parte da população, requer uma conduta ilibada, que certamente o justificante não possui. E mais: o mesmo exercia também seu labor diário, pelo que consta nos autos, na Corregedoria dos Órgãos de Segurança Pública. É

altamente contraditório aquele que tem a função de apurar desvio de condutas, possuir tantas máculas pessoais e profissionais num setor de controle dos agentes estatais. É uma realidade que muito se harmoniza com o dito do vulgo: "*Casa de Ferreiro, Espeto de Pau"*.

A primeira transgressão disciplinar deu-se porque relacionou-se com uma aluna de 12(doze) anos do Colégio do Corpo de Bombeiro Militar. Ao que consta, o envolvimento amoroso teria começado dentro da escola militar. Se na seara penal, o feito teve extinta a punibilidade pela decadência do direito de representação da genitora da menor, aqui é a seara administrativa, altaneira e independente. Nesta, somente em uma situação o feito penal poderia repercutir no administrativo: caso o justificante deixasse extreme de dúvidas que o fato não existiu ou tivesse em seu favor sentença absolutória cujo fundamento fosse negativa de autoria. Aqui, não basta a absolvição por falta de provas. É patente, diante da acusação, a afronta direta ao dever militar de lealdade, expondo à descrença e desconfiança tanto dos pais quanto das jovens que estudam no Colégio Militar que carrega o nome da instituição. Digo e repito: de um Oficial exige-se uma conduta moral e profissional, irrepreensíveis.

A segunda acusação, esta deixa inarredável que é mais do que imperiosa a demissão do justificante. Teria ele ceifado a vida da mãe de sua própria filha oriunda de um relacionamento extraconjugal, aparecendo a vítima com o corpo carbonizado. A filha do justificante, criança indefesa de tenra idade, foi encontrada no Estado do Rio Grande do Norte, abandonada por este. Se na época de instauração do Processo de Indignidade, ainda estava pendente de apreciação por esta Corte de Justiça a Apelação Criminal, em consulta processual ao sistema SPROC(Apel. N° 26972-29.2004.8.06.0000/1), observei que a prefalada irresignação foi improvida e inclusive já se encontra acobertada pelo manto da *res iudicata.*

Partindo dessa premissa, faço os seguintes questionamentos: a conduta do justificante afetou o pundonor militar e o decoro da classe? Violou os deveres que lhe são impostos e que decorrem de sua função bombeirística militar de salvar vidas? Colocou em descrédito, maculando com um nódoa indelével toda uma Corporação em que seus membros sacrificam suas próprias vidas para salvar a de outrem?

Continuo, ainda, com as indagações: Teria o mesmo diante das supraditas pechas, condições de permanecer nos quadros Bombeiro Militar e exercer funções de comando, chefia e direção, para os quais foi preparado ao longo da carreira? Lógico que não!!! Há uma direta afronta à hierarquia e à disciplina, na medida em que quem obedece quer receber ordens de um superior que ostente conduta irreprochável. Autoridade deve ser sinônimo de retidão, o que o justificante certamente não é.

Em relação ao pedido subsidiário de reforma do justificante, miro os olhos nos ensinamentos do Ministro Aposentado do Superior Tribunal Militar Everaldo de Oliveira Reis:

> ***"Ao nosso ver, o que caracteriza a indignidade? O que caracteriza a incompatibilidade?***
> ***Não será indignidade, simplesmente, a violação do dever militar. Esta, na sua expressão mais simples, é transgressão disciplinar; na forma mais complexa caracteriza o crime. E a prática do crime, como reconhece a própria Constituição, por si só, não configura indignidade. Em suma, indignidade não será sinônimo de crime, embora dele possa decorrer. Será sem dúvida, uma posição mais tranqüila situar-se a indignidade como conseqüência daquelas atitudes que ferem o pundonor militar, o decoro da classe e a ética militar. Pundonor, decoro e ética que se materializam na maioria dos preceitos contidos no artigo 28 do Estatuto dos Militares.***
> ***O oficial indigno perderá sem dúvida, o posto e a patente;***
> ***(…) Mais justo será considerar como incompatível aquele que se mostra sem condição técnico-profissional-ultrapassada a transgressão disciplinar-para o exercício de chefia e do comando, inerentes ao oficialato.***
> ***O incompatível, por incompetente, perde a condição de permanecer na ativa, ou a ela reverter; mas, necessariamente, não será o caso de perder o posto e a patente, Deverá ser reformado".***
> (O Conselho de Justificação e a representação pela declaração de indignidade. *In:* Revista do Superior Tribunal Militar, v.1. Brasília: Superior Tribunal Militar, 1975, p.90).

Partindo do referido magistério, incompatível com o oficialato, passível de Reforma, seria, por exemplo, aquele militar que não é assíduo ou que não possui desempenho satisfatório em cursos de aperfeiçoamento realizados pela instituição, o que não é o caso. É cristalino como os raios solares que se trata de oficial indigno, sem qualquer capacidade moral e ética de permanecer na corporação militar. Em seu proceder provocou um verdadeiro arrepio ao lema da instituição a que pertence: *"VIDAS ALHEIAS E RIQUEZAS SALVAR".*

Se foi capaz de cometer excídio contra a própria mulher que deu-lhe um fruto, quiçá poderá salvar vidas alheias, pois sua conduta caracterizou-se por sentimento contrário. Procurando safar-se da reprimenda penal que adviria, assim entendo, após ser algoz de sua ex-amante, abandonou a própria filha em outro Estado. Basta!!! Não conseguiu o justificante trazer aos autos demonstração isenta de qualquer dúvida de que as reprováveis condutas a si imputados não lhe desonraram, não lhe macularam nem colocaram em um verdadeiro lodaçal o tão respeitável Corpo de Bombeiros Militar.

O conjunto probatório no bojo dos autos confirma a indignidade para o oficialato do justificante, tornando inadmissível sua permanência na Corporação, nem mesmo na condição de Reformado.

Diante do exposto, voto pela improcedência da justificação, declarando o Capitão Bombeiro Militar Evilson Pinto Pereira matrícula n° 097361-1-5 indigno do oficialato com a consequente perda do posto e da patente, chancelando a decisão do respectivo Conselho e do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, o que faço com arrimo no art.125, §4° da Constituição Cidadã de 1988 c/c o art.176, §8° da Constituição Alencarina de 1989, e parágrafo §1°, inciso I, art.87, da Lei Estadual 13.407/2003, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 30 de maio de 2014.

Recurso Crime em Sentido Estrito

PROCESSO: 0000265-72.2014.8.06.0000 – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
RECORRENTE: UELTON MOREIRA DE SOUSA E EDUARDO JORGE MELO MORAIS
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRONÚNCIA. PEDIDO DA DEFESA PELA EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS DE MOTIVO FÚTIL E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Não pode o magistrado singular, ao proferir sentença de pronúncia, excluir qualificadoras insertas na denúncia, sendo o Tribunal do Júri, por ser órgão soberano, competente para tal ato, a não ser quando sejam as mesmas manifestamente improcedentes. Incidência do enunciado nº 03 da súmula da jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça: "As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio in dúbio pro societate."
2. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso crime em sentido estrito, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em **conhecer do recurso**, porém, para **negar-lhe provimento**.

Fortaleza, CE, 13 de maio de 2014.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso em Sentido Estrito, interposto pelos réus Uelton Moreira de Sousa e Eduardo Jorge Melo Moraes, demonstrando insatisfação com a sentença que os pronunciou pelo crime de tentativa de homicídio duplamente

qualificado, em desfavor de Leonardo da Silva Dias, fato ocorrido em 03 de setembro de 2009, nesta urbe.

Inconformada, a Defesa interpõe Recurso em Sentido Estrito, almejando o afastamento das qualificadoras relativas ao motivo fútil e recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Recurso contra-arrazoado pelo órgão ministerial de primeiro grau, tendo sido a decisão objurgada mantida pelo juízo processante.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer, pugnou pelo improvimento do recurso.

É o breve relato.

Peço data para julgamento.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade previstas em lei, devendo assim ser conhecido.

Consta da exordial acusatória que no dia 03 de setembro de 2009, por volta de 23h20min, entre as ruas Padre Andrade e Beth Said, no bairro Serrinha, os recorrentes, conduzindo uma motocicleta e utilizando-se de instrumento pérfuro-contundente (revólver), tentaram contra a vida da vítima Leonardo da Silva Dias, não conseguindo logar êxito por circunstâncias alheias as suas vontades.

A defesa, inconformada, recorreu buscando o afastamento das qualificadoras de motivo fútil e recurso que dificultou a defesa da vítima.

É, em síntese, o que consta.

Como se sabe, a decisão de pronúncia limita-se à simples verificação dos requisitos mínimos exigidos pela norma processual para a admissibilidade da acusação, quais sejam, a materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria, cabendo ao Conselho de Sentença apreciar o mérito.

No caso sob exame, os documentos que instruem os autos, notadamente, os informes prestados pela vítima e pelas testemunhas na delegacia (fls. 37/41; 55/56), e confirmadas em juízo (fls. 124/132) (indícios da autoria), além do laudo de exame de corpo de delito de fls. 90/91 (indícios da materialidade), comprovam a materialidade do crime e a existência de indícios suficientes de autoria para que os recorrentes sejam submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri.

A controvérsia, no entanto, circunscreve-se à viabilidade de ser afastada as qualificadoras de motivo fútil e recurso que dificultou a defesa da vítima.

Inicialmente, cumpre registrar que a exclusão das qualificadoras, nesta fase processual, somente pode ocorrer quando elas estiverem totalmente dissonantes das provas até então produzidas, conforme enunciado nº 03 da súmula da jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça: "As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio *in dubio pro societate*."**,** o que não verificamos *in casu*.

No presente caso, não verifico o necessário apoio nos elementos de provas colhidos, de que os recorrentes não tenham agido por motivo fútil e mediante surpresa ao tentar ceifar a vida da vítima, uma vez que extrai-se dos depoimentos do ofendido e das testemunhas que os acusados, sem qualquer discussão, dispararam seis tiros contra o ofendido, não alcançando o resultado pretendido por circunstâncias alheias as suas vontades, senão vejamos:

> "(...) Que se dirigiu a casa da namorada de Marcos Paulo para saber como este se encontrava após a abordagem, que durante o trajeto, Eduardo Jorge e Uelton passaram de moto olhando para o depoente e seus amigos Francisco Cosmo e Francival (primo do depoente), como uma forma de intimidação, no entanto não chegaram a lhe agredir, retornaram e Uelton disse: "É com você mesmo" e sacou uma arma e desferiu 06 (seis) tiros contra o declarante e em seguida o acusado Eduardo Jorge ainda agrediu o depoente com o capacete, se evadindo na companhia de Uelton (…)" Depoimento da vítima Leonardo da Silva Dias à fls. 55/56.

Assim, devem as qualificadoras ser mantidas para que o Conselho de Sentença, juiz natural da causa, decida se procedem ou não, porque diante de análise superficial dos autos, não se verifica a dissociação total dessa moldura fática com os elementos de convicção carreados na fase extrajudicial e judicial.

Dessa forma, incabível a exclusão das qualificadoras, porque, repise-se, nessa fase processual, elas apenas podem ser extirpadas quando não encontrarem qualquer apoio no conjunto fático-probatório, o que não é o caso.

Além disso, a decisão de pronúncia possui natureza de juízo de admissibilidade e, em razão disso, tais qualificadoras podem ainda ser excluídas no julgamento do Júri Popular, de acordo com a livre convicção do Conselho de Sentença.

Ante o exposto é o presente para tomar conhecimento do recurso interposto, porém, para negar-lhe provimento em conformidade com o parecer da douta Procuradoria de Justiça.

Fortaleza, CE, 13 de maio de 2014.

PROCESSO: 0074233-09.2012.8.06.0000 – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
RECORRIDO: JOÃO RODRIGUES DE SOUZA E RAIMUNDO TOMAZ DA SILVA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROVIMENTO.

Havendo prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, remetem-se os acusados a julgamento pelo júri que é o órgão constitucional e soberanamente legitimado para valorar os crimes contra a vida.

O juízo exercido na pronúncia é de admissibilidade e não de condenação. Perante o júri é que se realiza aprofundado exame das provas, buscando-se, através dos debates, a verdade diante das teses conflitantes apresentadas pela defesa e acusação.

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, CE, 13 de maio de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso em Sentido Estrito, devidamente identificado à epígrafe, em que o Promotor Público, oficiante na comarca de Tianguá, manifesta insatisfação com a decisão que desclassificou as condutas dos recorridos, denunciados nas tenazes do art. 121, §2º. inciso II e IV, c/c art. 14, inciso II e art. 129, §1º., inciso I, todos do Código Penal, para o crime previsto no art. 129 da lei substantiva penal.

Aduz o recorrente que pelas provas coletadas nos autos forma-se a convicção de que os denunciados pretendiam ceifar a vida da vítima, não conseguindo

o intento por razões alheias às suas vontades, razão pela qual impositiva a remessa do caso à apreciação do Júri Popular.

Adversada a recorrência, o juiz manteve a prolação invectivada.

Autos na instância, a PGJ, em parecer, é pela reforma do que decidido na alçada inferior.

É, **in summa**, o relatório.

Peço data para julgamento.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade previstas em lei, devendo, assim ser conhecido.

Narra a denúncia que no dia 7 de junho de 2003, por volta das 03:00 horas, no bairro da Ceasa, em Tianguá, os recorridos João Rodrigues de Sousa e Raimundo Tomaz da Silva, fazendo uso de um facão, tentaram contra a vida de Francisco Marques Cardoso e lesionaram Maria Vanderlei Gomes Pereira.

Segundo consta, os recorridos dirigiram-se à residência da vítima para adquirir um litro de cachaça e uma garrafa de guaraná, pedindo para que a vítima fosse deixar os produtos na casa de um dos recorridos para que dessem continuidade a bebedeira. A vítima lá chegando e após entregar a cachaça e o guaraná, ao se retirar, foi agredida, a golpes de facão, utilizando, o agressor, a lateral da arma branca para provocar hematomas em suas costas. Em meio às agressões e temendo por sua vida, a vítima correu em direção à sua casa, aos gritos de socorro, sendo ajudado por sua esposa que abriu o portão, momento em que esta, também, foi lesionada, conseguindo deixar os agressores do lado de fora tentando arrombar o cadeado, até serem contidos pela chegada da polícia que atendeu ao chamado dos vizinhos.

O Juízo processante, na fase de pronúncia, houve por prolatar decisão desclassificatória das condutas dos recorridos, não vislumbrando, no azo, o **animus necandi** , mas, tão somente, a clara intenção de lesionar.

Não obstante, vislumbrando os depoimentos das vítimas, cópia nos autos, pág. 488 e 490, a conclusão diversa se chega, senão vejamos.

> **"(...) que por volta de 01:30 horas da manhã do dia do fato, o depoente chegou em casa; que quando estava entrando em casa, apareceu o acusado Raimundo Tomaz da Silva, v. 'Beri', pedindo para o depoente abrir seu comércio que fica vizinho a sua residência, dizendo que queria comprar um litro de Ipioca e um guaraná de 02 litros; que 'Beri'**

pedindo para o depoente levar o guaraná e a cachaça para a casa do acusado João Rodrigues de Sousa, vulgo 'Neto Bocão'; que pegou a cachaça e o refrigerante e foi até a casa do 'Neto Bocão' acompanhado do 'Beri'; que 'Beri' já estava devendo um dinheiro para o depoente em razão de uma compra anterior; que com a cachaça e o refrigerante, a dívida completou o valor aproximado de R$ 25,00 ou R$ 26,00; que acompanhou 'Beri' até a casa do neto Bocão a fim de receber o valor total da dívida; que quando chegou na casa do Neto Bocão, este ofereceu uma dose de cana para o depoente; que em seguida o depoente saiu de casa e jogou a bebida fora, retornando com o copo vazio; que naquela ocasião não chegou a cobrar a dívida; que colocou o copo vazio numa banquinha e quando ia se virando para sair o acusado Neto Bocão pegou o acusado por trás dando-lhe uma gravata; que nessa ocasião Neto Bocão disse o seguinte: 'rapaz nós vamos é te matar'; que nesse instante o acusado Beri já estava com um facão na mão; que conseguiu se soltar do Neto Bocão e segurou com as duas mãos o facão que estava na mão do beri, tentando se defender; que em seguida Beri conseguiu passar o facão para o Neto Bocão; que saiu da casa do Neto Bocão segurando o facão que estava na mão do Neto Bocão; que nessa situação foi caminhando até a sua casa e lá chegando chamou sua mulher; que quando a mulher do depoente abriu o portão , este soltou o facão, a fim de entrar em casa, que quando soltou o facão, Neto Bocão lesionou sua esposa no rosto; que quando estava entrando em casa, também foi lesionado pelo acusado Neto Bocão nas costas; que o depoente e sua esposa conseguiram fechar o portão e Neto Bocão ficou tentando arrebentar o portão, dizendo que queria matar todo mundo; (...) que enquanto neto Bocão tentava arrombar o portão, Beri apareceu com um pedaço de madeira na mão e começou a bater no portão com o referido objeto; que não sabe os motivos que levou(sic) os acusados a tentar matar o depoente e sua esposa(...)". (depoimento prestado, em juízo, pela vítima FRANCISCO MARQUES CARDOSO, página 488).

"(...) que por volta da 01:00 hora da manhã do dia do fato, a vítima Francisco Marques Cardoso, marido da depoente, chegou em casa; que a depoente foi abrir o portão para seu marido entrar, quando apareceram os acusado Beri e Neto Bocão pedindo 01 litro de Ypioca e um refrigerante de 02 litros; que beri já estava devendo R$ 25,00; que Beri pediu para a vítima Francisco acompanhá-lo até a casa de Neto Bocão, pois pagaria a dívida; que a depoente aconselhou a vítima Francisco a não ir deixar a bebida na casa de Neto Bocão; que p marido da depoente disse que ia levar a bebida e aproveitava para receber o dinheiro; que em seguida a depoente foi se deitar e seu marido foi levar a bebida para a casa de neto Bocão; que por volta de 01;30 horas, a depoente acordou novamente com os gritos do seu marido pedindo socorro do lado de fora da casa; que quando chegou no portão viu o acusado Neto Bocão batendo na vítima Francisco com um facão; que imediatamente a depoente abriu o portão e se aproximou do local onde estavam o acusado neto Bocão e a vítima Francisco; que quando se aproximou deles, Neto Bocão desferiu um golpe que atingiu o rosto da

> **vítima; que imediatamente retornou para o interior da residência; que em seguida a vítima Francisco chegou conseguiu entrar na residência; que a depoente após a entrada de seu marido fechou o portão com um cadeado, impedindo que o referido acusado entrasse na casa; que em seguida Beri apareceu com um pau na mão e começou a bater no portão tentando entrar; que Beri ficou dizendo que ia arrebentar o portão e matar todo mundo dentro da casa; que a vizinha de nome Leurimar ligou para a polícia(...)".** (depoimento prestado, em juízo, por Maria Vanderlei Gomes Pereira, pág. 490, vítima).

A defesa pretende a manutenção da desclassificação da conduta dos acriminados arguindo que inexistiu o **animus necandi** em sua condutas. Argumenta que a prova disso é que um dos recorridos se encontrava com um facão na mão e não fez uso dele para matar a vítima, quando, facilmente, poderia tê-lo feito, mas, somente, para lesionar.

Entretanto, ao meu sentir, por ilação lógica das particularidades do fato, mormente dos depoimentos prestados pelas vítimas, já transcritos, deriva a séria suspeita de que os réus, pretendiam não apenas vulnerar a integridade física da vítima Francisco, senão matá-la, fato não conseguido por circunstâncias alheias à sua vontade. A vítima narrou que foi surpreendido, pela ação de um dos recorrentes, aplicando-lhe uma "gravata" no pescoço e ameaçando-o de morte e que segurou o facão, com as mãos, para impedir a ação contra a sua vida.

Assim, força é convir que se expande, no caso, ao contrário do que demonstrado pelo julgado primevo, a forte presunção-convicção de terem os recorrentes agido com **animus necandi,** sendo impossível, nessa fase, dar outra conotação ao fato senão o que foi posto na denúncia. Os recorrentes, de forma deliberada, praticaram diversas agressões, primeiro contra Francisco Marques Cardoso e depois contra sua mulher, escapando o primeiro porque correu e foi se refugiar em sua casa. Se assim não procedesse, não se sabe ao certo como terminariam as agressões. Não há falar em desistência voluntária, mas sim em fuga da vítima que conseguiu defender-se a contento e evitar consequências mais gravosas à sua incolumidade física.

Nesse contexto, pela inexistência de prova inequívoca a autorizar a desclassificação do delito, competirá ao Tribunal do Júri, no exercício de sua função constitucional, e através de um exame mais aprofundado da prova, dirimir a questão, pela aplicação, nesta fase processual, do princípio **in dubio pro societate.**

Consequentemente, a pretensão recursal é de merecer pronto atendimento, havendo de ser cassada, em todos os seus termos, a prolação que desclassificou a conduta dos recorrentes, em relação à vítima Francisco Marques Cardoso, devendo ser

submetidos, os termos da denúncia, ao crivo do Conselho de Sentença, sobretudo, por encontrar fundamento nas provas colhidas em instrução.

Ante o exposto, é o presente para tomar conhecimento do recurso interposto, dando-lhe provimento e, por consequência, cassar a decisão objurgada para, atendendo ao que dispõe o art. 408 do Código de Processo Penal, julgar procedente a denúncia e pronunciar **JOÃO RODRIGUES DE SOUZA E RAIMUNDO TOMÁZ DA SILVA,** como incursos nas penas do art. 121, §2º, incisos II e IV do Código Penal, c/c art. 14, inciso II, em relação à vítima Francisco Marques Cardoso, e art. 129, §1º., inciso I, do CP, em relação à vítima Maria Vanderlei Gomes Pereira, condutas praticadas em concurso de agentes, nos termos do art. 69, CP, sujeitando-os ao julgamento pelo egrégio Tribunal do Júri.

Fortaleza, CE, 13 de maio de 2014.

PROCESSO: 0075449-05.2012.8.06.0000 – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
RECORRIDO: CÍCERO GREGÓRIO DE ALMEIDA, JOSÉ AGOSTINHO DE OLIVEIRA E FRANCISCO WAGNER TEIXEIRA DE SOUSA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO. RECEPTAÇÃO. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE.

I. A prescrição somente se regula pela pena concretamente aplicada ou, ainda, pelo máximo de sanção, abstratamente prevista. Não contempla, pois, a norma de regência, qualquer forma de prescrição que tenha por base uma pena presumida, conjectural, antecipada, virtual, em perspectiva.

II. "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal". (Súmula 438, STJ)

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO**.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso crime em sentido estrito, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, dando-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, CE, 13 de maio de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Crime em Sentido Estrito, interposto pelo representante ministerial oficiante na Comarca de Russas, contra sentença que reconheceu a extinção da punibilidade dos réus Cícero Gregório de Almeida, José Agostinho de Oliveira e Francisco Wagner Teixeira de Sousa, pela ocorrência da "prescrição virtual" da pretensão punitiva do Estado.

Alegou no azo que a chamada prescrição, em perspectiva, é destituída de amparo legal e repelida na jurisprudência de nossos Tribunais Superiores.

Nesse contexto, requereu a reforma da sentença monocrática e o consequente prosseguimento da ação penal ora precocemente interrompida.

Consta do caderno processual despacho da autoridade processante, em que mantém a decisão e determina a subida dos autos a este Egrégio Tribunal de Justiça.

Parecer da PGJ pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Peço data para julgamento.

VOTO

Recurso tempestivo, cabível e regularmente processado, razão pela qual dele conheço.

Conforme antecipado no relatório pretende o recorrente a reforma da sentença que extinguiu a punibilidade do réus Cícero Gregório de Almeida, José Agostinho de Oliveira e Francisco Wagner Teixeira de Sousa, pela ocorrência da prescrição em perspectiva.

Para uma correta compreensão do caso ***sub examen***, transcrevo, parcialmente, a decisão vergastada, fl. 157:

> "**(...)A denúncia foi recebida em 08.11.2005.**
> **O crime em estudo tem a pena de reclusão de um a quatro anos.**
> **Neste caso se impõe o reconhecimento da prescrição.**
> **A prescrição virtual ou antecipada vem ganhando força na doutrina, e logo estará prevista na legislação pátria(...).**
> **(...)A ocorrência de tal fenômeno é matéria de ordem pública que pode ser reconhecida ex offício, a qualquer tempo, em qualquer juízo ou tribunal(...)**
> **Posto isto, com fundamento no art. 107, IV do CP, reconheço a extinção da punibilidade, em virtude da prescrição e da falta de condições para o prosseguimento da ação penal, determinando que a Secretaria proceda, após o trânsito em julgado, baixa na distribuição, com exclusão do nome dos réus".**

Fácil verificar que a judicante considerou, para fins de decretação da extinção da punibilidade, a pena que, virtualmente, se aplicaria, realçando a possibilidade de se admitir a prescrição em perspectiva.

Não obstante o entendimento da sentenciante, entendo que a prescrição

somente se regula pela pena concretamente aplicada ou, ainda, pelo seu máximo abstratamente previsto, não contemplando, assim, a norma de regência, qualquer forma de prescrição que tenha por base uma pena presumida, conjectural, antecipada, virtual, em perspectiva.

A questão encontra-se pacificada no e. STJ nos termos do verbete sumular nº 438, de seguinte teor:

> "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal"

A respeito, também, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na Repercussão Geral por Questão de Ordem no RE nº 602.527/RS, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJe de 18/12/09), reafirmou a jurisprudência no sentido da impossibilidade de aplicação da chamada prescrição antecipada ou em perspectiva por ausência de previsão legal.

Acresça-se, ainda, que a judicante considerou, para extinguir a punibilidade dos réus, o transcurso do lapso temporal de mais de quatro anos entre o recebimento da denúncia e a data de prolação da sentença. Ocorre que, segundo a dicção do art. 363 da Lei Adjetiva Penal, são suspensos não só o curso do processo, bem como o prazo prescricional. Vejamos:

> "Art. 363 - O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado
> §1º (…)
> §2º (vetado)
> I – ficará suspenso o curso do processo e do prazo prescricional pelo tempo correspondente ao da prescrição em abstrato do crime objeto da ação (art. 109 do Código Penal); após, recomeçará a fluir aquele"

Nesse contexto, considerando que o fato delituoso ocorreu em 03/11/2005, a denúncia recebida em 08/11/2005 e o processo suspenso, em relação ao réu Francisco Wagner Teixeira de Oliveira, na data de 04/04/2006 e, em relação aos réus José Agostinho de Oliveira e Cícero Gregório da Silva em 31/08/2006, não se pode falar em transcurso do lapso prescricional desta data até a prolação da sentença, por estar suspensa a prescrição durante o período de suspensão processual.

Dessa forma, afasta-se, a incidência da prescrição em perspectiva, por falta de previsão legal, devendo ser reformada a sentença monocrática que extinguiu

a punibilidade dos réus e, consequentemente determinando o prosseguimento da ação penal em seus ulteriores termos.

Isso posto, voto no sentido de tomar conhecimento do recurso, dando-lhe provimento, para, reformando a sentença monocrática, determinar o regular prosseguimento da ação penal em desfavor dos acriminados.

Fortaleza, CE, 13 de maio de 2014.

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Ação civil pública – pleito de reforma e construção de cadeia pública – ausência de caracterização de omissão do poder executivo apta a justificar a interferência do Poder Judiciário.....141/143.

Autoescola – suspensão temporária das atividades – sanção disciplinar imposta pela Controladoria Regional de Trânsito – CRT, órgão integrante do DETRAN – constatação da ausência do pleno direito de defesa – afronta ao princípio do devido processo legal – anulação de ato administrativo.....197/198.

Compra e venda de imóvel por medida de extensão (ad mensuram) – prazo decadencial de um ano a contar do registro do título para o ajuizamento da ação quanti minoris – inteligência do art. 501, do C.C. de 2002 – preliminar de decadência afastada 125/128.

Concessionária de energia elétrica – medidor adulterado - ausência de comprovação de intervenção do usuário – ocorrência de curto circuito no estabelecimento comercial – inversão do ônus da prova – insubsistência da imputação de consumo desviado de energia.....22/23.

Concurso público – cargo de delegado da polícia civil do Ceará – candidato que responde a processo criminal – peculato – inocorrência de violação ao princípio da não culpabilidade – mitigação – seara administrativa – princípios da proporcionalidade e razoabilidade – prevalência da supremacia do interesse público.....37.

Contrato de crédito consignado em folha de pagamento – prestações retidas pelo município sem repasse à instituição financeira credora – inscrição indevida em cadastro de inadimplentes - dano moral configurado – responsabilidade civil objetiva do ente público.....65/66.

Contrato de financiamento com alienação fiduciária – consignação em pagamento – preliminar de julgamento ultra petita instalada de ofício para reconhecer a nulidade parcial da sentença – inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial – depósitos insuficientes – quitação parcial da obrigação.....224/225.

Curso superior – expedição de diploma de conclusão – ausência de direito líquido e certo diante da não demonstração da integralização dos créditos exigidos para colação de grau.....154.

ECA – homicídio qualificado pela surpresa – aplicada medida socioeducativa de internação – pedido de reforma da sentença para substituição pelo regime se semiliberdade – não acolhimento.....232.

Embargos à execução – falta de nomeação de curador especial e nulidade da citação – matérias não arguidas perante o juízo de primeiro grau – não conhecimento – vedação à inovação recursal .....188.

Execução fiscal – crédito não tributário – não localização do devedor e/ou de bens penhoráveis – arquivamento provisório – prescrição intercorrente – reconhecimento de ofício – possibilidade – termo a quo da contagem – decurso do prazo de suspensão – Súmula 314 do STJ .....74.

Fabricante de veículo – compra de motocicleta – impossibilidade de se realizar o emplacamento – existência de outra moto do mesmo modelo e com o mesmo número de chassi – irregular duplicidade – responsabilidade objetiva da fábrica, nos termos do art. 12, caput, do CDC .....115/116.

Honorários advocatícios contratuais – pedido de devolução em dobro de pretenso indébito – fundamento – pagamento superior ao pactuado – improcedência do pedido inicial – desprovimento.....246.

Imunidade parlamentar – pronunciamento realizado por vereador dentro da circunscrição do município no exercício de mandato eletivo – ofensas à honra da secretária de educação – imunidade material – inteligência do art. 29, VIII, da Constituição Federal – dano moral inexistente .....56/57.

Imunidade tributária – IPTU - instituição de assistência social sem fins lucrativos – possibilidade – inteligência do art. 150, VI, "c", da Constituição Federal/88, regulado pelo art. 14, do CTN – imóveis integrados ao patrimônio da entidade – incidência da Súmula 724 do STF .....45/46.

Instituição bancária – extravio de cheques – responsabilidade do banco pelo envio – cobranças indevidas sofridas pelo cliente – dano moral configurado.....204.

Instituição bancária – saques realizados na poupança por terceiros – fraudadores – responsabilidade objetiva do banco – danos materiais e morais comprovados – ameaça de inclusão do nome da titular da conta na SERASA.....15/16.

Plano de saúde – recusa da cobertura – impossibilidade – doença preexistente – ausência de realização de exames admissionais – má-fé da consumidora não comprovada – sentença mantida no ponto – multa cominatória – redução com observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade .....100.

Plano de saúde – recusa de cirurgia de gastroplastia – necessidade à sobrevida da paciente – abusividade de cláusula contratual – art. 51, IV e § 1º, II do CDC – danos morais configurados.....256/258.

Plano de saúde – rescisão contratual cumulada com indenização por danos morais – falha no sistema de identificação das impressões digitais instalado pela apelante – impossibilidade da realização de exames médicos pela apelada – responsabilidade objetiva do plano de saúde – dever de indenizar .....163/164.

Previdenciário – revisão de benefícios com fundamento na isonomia – revisão da remuneração do magistério estadual – impossibilidade de concessão de aumento de remuneração no âmbito da administração pública com fundamento na isonomia – imprescindibilidade de edição de lei específica – Súmula nº 339, do STF.....218.

Reintegração de posse – posse exclusiva, pacífica, notória e por dilargado período de tempo exercida pela filha de criação do autor da herança – mitigação do princípio da saisene – ausência de comprovação do esbulho – ônus probatório da parte autora – requisitos autorizadores da tutela possessória não comprovados .....210/211.

Reintegração de posse promovida pelas herdeiras da companheira falecida em face do companheiro supérstite – posse – transmissão mortis causa – convivência more uxoria – matéria incontroversa – imóvel adquirido antes da união estável – ausência de outros bens – moradia – natureza dúplice dos interditos possessórios – direito real de habitação – reconhecimento, mesmo em face de filhos exclusivos da de cujus .....90.

Sentença – desrespeito à questão de ordem pública observada de ofício na instância ordinária – inocorrência de reformatio in pejus – não observância ao disposto no art. 267, § 1º do CPC – sentença anulada – novo julgamento determinado.....85.

Servidor público – ação de cobrança de diferenças de remuneração – garantia do salário mínimo – direito reconhecido em mandado de segurança – pedido de condenação do ente público a pagar as diferenças remuneratórias devidas no período anterior à impetração – procedência .....238.

Servidor público municipal – jornada de trabalho reduzida – vencimento proporcional à carga horária, inferior ao salário mínimo – impossibilidade – ofensa ao art. 7º, IV c/c art. 39, § 3º, ambos da C.F/88 – condenação inferior ao patamar de sessenta salários mínimos, desnecessidade de reexame – art. 475, § 2º do CPC.....179/180.

Título de crédito – cheque prescrito – ação monitória – documento hábil à instrução do pedido – comprovação da causa debendi – desnecessidade – devedor que não se desincumbiu de demonstrar a inexistência, a nulidade ou o pagamento do débito revertido em seu favor – reconhecimento do crédito.....27/28.

Título executivo extrajudicial – cheque avalizado pela apelada e devolvido sem o pagamento – acolhimento de exceção de pré-executividade e extinção das ações sem resolução de mérito – necessidade de dilação probatória – desconstituição da sentença – improcedência da exceção – prosseguimento de execução do título.....192.

Transportadora – roubo de carga – fortuito externo – inevitabilidade configurada – inocorrência de negligência ou desídia da transportadora – ausência de culpa – responsabilidade excluída .....171.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação civil pública – crédito rural – ausência de impossibilidade jurídica do pedido e de ilegitimidade ativa do agravante autor da ação – pedido de suspensão dos protestos dos títulos oriundos de crédito rural – correta denegação do pleito de paralisação dos processos de execução em andamento .....294/295.

Cumprimento de sentença – representação processual – fase de conhecimento – preclusão – cobrança de honorários – condenação – embargos de declaração protelatórios – não configuração .....267/268.

Danos morais – impugnação ao valor da causa – valor que deve corresponder ao benefício patrimonial perseguido quando o valor é arbitrado na própria exordial ..... 279/280.

Execução de título extrajudicial – autorização para o levantamento de dinheiro bloqueado, mediante caução – inexistência de irregularidade – constrição de veículo, para fins de reforço de penhora – ausência de arguição da apontada impenhorabilidade no juízo a quo – não conhecimento sob pena de haver indevida supressão de instância 303.

ICMS – suspensão de cobrança – arguição de inconstitucionalidade de convênio do CONFAZ – protocolo nº 21/2011, Lei nº 14.237/08 e Decreto nº 30.542/11 – aplicação do art. 108, do RITJCe – questão submetida ao Órgão Especial do TJCe.....289.

Locação de imóvel urbano – legitimidade dos herdeiros do locador – existência – possibilidade de deferimento de medida liminar fora das hipóteses do art. 59, § 1º da Lei do Inquilinato – rol exemplificativo – precedentes – inadimplência manifesta do locatário – pedido de suspensão da ordem de despejo negado .....284/285.

Plano de saúde – reembolso de despesas médicas havidas com médicos não conveniados – limitação à tabela de honorários praticada – art. 12, VI, da Lei nº 9.656/98 .....272.

MANDADO DE INJUNÇÃO

Servidor público estadual – aposentadoria especial – art. 40, § 4º, da C.F./88 e art. 168, § 1º, da Const. do Estado do Ceará – ausência de Lei regulamentadora – omissão legislativa – inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania – competência legislativa concorrente – competência supletiva – competência plena – art. 24, XII e §§ 1º, 2º e 3º da C.F./88 – aplicação por analogia do art. 57, da Lei nº 8.213/91 – precedentes do STF.....311/312.

PROCESSO ADMINISTRATIVO

Plano de cargos e carreiras – protocolo extemporâneo da petição indicativa de opção pelo enquadramento – exame da natureza do prazo previsto para o exercício da escolha – motivação declinada pela parte – justa causa – moléstia grave de parente próximo – mitigação da rigidez processual – afastamento da preclusão.....329/330.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Delito de ameaça – pena máxima in abstrato cominada em seis meses de detenção – delito de menor potencial ofensivo – competência das Turmas Recursais – art. 61, da Lei nº 9.099/95.....370.

Disparo de arma de fogo – aplicação da pena – exasperação da pena base em virtude de circunstâncias judiciais desfavoráveis – carência de fundamentação – afastamento da agravante de embriaguez preordenada – redimensionamento da pena.....347.

Disparo de arma de fogo – prescrição retroativa – reconhecimento de ofício – lapso temporal contado do recebimento da denúncia e da publicação da sentença – réu menor de 21 anos ao tempo do delito - prazo prescricional contado pela metade – matéria de ordem pública – causa extintiva de punibilidade.....351.

Homicídio qualificado – concurso de pessoas – pleito defensivo de anulação do julgamento por decisão contrária à prova dos autos – ocorrência – tribunal do júri 395.

Homicídio qualificado e homicídio qualificado tentado – tribunal do júri – anulação do julgamento – nulidade ocorrida durante a sessão plenária – preclusão – inteligência do Art. 571, VIII, do CPP ..... 362.

Homicídio simples – alegação de legítima defesa – impossibilidade – não caracterização de seus elementos integrativos – inexistência de manifesta contrariedade entre a decisão do conselho de sentença e a prova dos autos – soberania dos veredictos.....339.

Homicídio simples – prescrição retroativa da pretensão punitiva – ocorrência do trânsito em julgado para a acusação – extinção da punibilidade declarada ex officio..... 360.

Roubo majorado – emprego de arma de fogo e concurso de agentes – alegação de julgamento contrário à prova dos autos e de menor participação do recorrente no fato delitivo – inocorrência – comprovadas a materialidade e a autoria – decreto condenatório lastreado na robustez da prova coligida aos autos - Dosimetria da pena – redução da carga penal por falta de fundamentação quando da análise das circunstâncias elencadas no art. 59, do CPB.....372/374.

Roubo majorado tentado em concurso de agentes – pedidos da defensoria pública para reduzir a pena base e aumentar o percentual de diminuição da pena – não acolhimento – o agente caminhou muito no iter criminis.....355.

Roubo tentado – pleito de absolvição – impossibilidade – autoria e materialidade devidamente confirmadas.....389.

HABEAS CORPUS

Furto qualificado – prisão em flagrante convertida em preventiva – alegação de falta de fundamentação da segregação cautelar – inocorrência – presença dos requisitos do art. 312, do CPP – decisão fundamentada – periculosidade da conduta e risco concreto de reiteração delitiva.....457/458.

Homicídio – prisão preventiva – ausência de fundamentação – inocorrência – decisão fundamentada – periculosidade da conduta – necessidade de garantia da ordem pública – excesso de prazo para o oferecimento da denúncia – exordial delatória recebida em juízo a quo – alegação de excesso superada .....435.

Homicídio culposo na direção de veículo automotor – ausência dos pressupostos da prisão preventiva – ocorrência - condições pessoais favoráveis – concessão ...420/421.

Homicídio qualificado – alegação de constrangimento ilegal por ausência de fundamentação da custódia preventiva – pedido pendente de apreciação do magistrado singular – inadequação da via eleita restando vedado o exame dos autos pelo órgão colegiado sob pena de supressão de instância – ordem não conhecida .....432.

Homicídio qualificado – prisão preventiva – não comparecimento em juízo – fuga do distrito da culpa – caracterização – alegação de constrangimento ilegal – improcedência .....429.

Homicídio qualificado – violência doméstica e familiar contra a mulher – excesso de prazo na formação da culpa – não conhecimento – ausência de comprovação da submissão no juiz a quo - supressão de instância – não vislumbrada ilegalidade idônea a justificar a concessão da ordem de ofício – carência de fundamentação da decisão que indeferiu o pleito de revogação da preventiva – improcedência.....407/408.

Homicídio qualificado tentado – excesso de prazo – ordem concedida a corré – pedido de extensão – identidade de situação processual – aplicação do art. 580, do CPP...417.

Roubo majorado e receptação – prisão preventiva – alegação de excesso de prazo na formação da culpa – não configuração – instrução probatória encerrada.....454.

Tráfico de drogas – prisão em flagrante convertida em preventiva – prejudicialidade na formação da culpa ante a ausência do laudo definitivo de substância entorpecente – mera irregularidade – laudo provisório é suficiente para fins de comprovação da materialidade na prisão cautelar - excesso de prazo na formação da culpa – não configuração – instrução encerrada – Súmulas nº 52, do STJ e nº 9 do TJCe .....443/444.

PERDA DE PATENTE

Processo de perda de patente do oficialato – prescindibilidade de trânsito em julgado de ação penal para permitir a perda do cargo, decidida por Conselho de Justificação – natureza administrativa – jurisprudência do STF – incomunicabilidade das instâncias – violação dos deveres de ética e pundonor militar – afronta à hierarquia e disciplina – indignidade para o cargo .....467/469.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Receptação – prescrição em perspectiva – pena presumida, conjectural, antecipada, virtual, em perspectiva – inadmissibilidade – Súmula 438, do STJ .....493.

Tentativa de homicídio duplamente qualificado – pronúncia – pedido da defesa pela exclusão das qualificadoras de motivo fútil e recurso que impossibilitou a defesa da vítima – improcedência – competência do Tribunal do Júri .....485.

Tentativa de homicídio qualificado duplamente e lesão corporal – desclassificação para lesão corporal – recurso do Ministério Público – provimento – decisão cassada.....488.

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, julho de 2014.