



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 54 - 2015
Abril / Junho



ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.54, p. 1 - 601, 2015

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 54.2015

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. Emanuel Leite Albuquerque - Presidente
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Secretário Francisco Hudson Pereira Rodrigues
Disponível também em CD-ROM e no site
<http://www4.tjce.jus.br/sproc2/paginas/Revista.htm>

Tiragem da Edição: 500 exemplares

Expediente Coordenação:

Des. Emanuel Leite Albuquerque

Conselho Editorial:

Des. Durval Aires Filho - Presidente
Des. Carlos Rodrigues Feitosa
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des. Mário Parente Teófilo Neto
Dr. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos
Dr. Emílio de Medeiros Viana

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

Desa. Maria Iracema Martins do Vale

Vice-Presidente

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Corregedor Geral da Justiça

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

TRIBUNAL PLENO

Desa. Maria Iracema Martins do Vale - Presidente

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

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 Barbosa Filho

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
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Desa. Helena Lúcia Soares
Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães
Desa. Lira Ramos de Oliveira
Dr. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos - Juiz Convocado
Dr. Francisco Carneiro Lima - Juiz Convocado
Dr. Antônio Pádua Silva - Juiz Convocado
Dr. Pedro Henrique Genova de Castro - Secretário Geral

ÓRGÃO ESPECIAL

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

Desa. Maria Iracema Martins do Vale - Presidente
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha
Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido
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
Des. Francisco Barbosa Filho
Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des. Raimundo Nonato Silva Santos
Des. Mário Parente Teófilo Neto
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Dr. Pedro Henrique Genova de Castro - Secretário Geral

CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS

(Reuniões às últimas terças-feiras de cada mês, com início às 13h30min)

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco Sales Neto
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Des. Francisco Pedrosa Teixeira
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
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
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Desa. Helena Lúcia Soares
Desa. Lira Ramos de Oliveira
Dr. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos - Juiz Convocado
Dr. Antônio Pádua Silva - Juiz Convocado
Dr. Antônio Valdir de Almeida Filho - Secretário

1ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às segundas-feiras com início às 13h30min)

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho
Dra. Naiana Rocha Frota Philomeno Gomes - Secretária

2ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às quartas-feiras com início às 13h30min)

Des. Francisco Sales Neto - Presidente
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Dra. Carmelita Noemy Pereira Ferré - Secretária

3ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às segundas-feiras com início às 13h30min)

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes - Presidente
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Dr. Abelardo Rodrigues Cavalcante - Secretário

4ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às quartas-feiras com início às 13h30min)

Des. Francisco Pedrosa Teixeira - Presidente
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Dr. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos - Juiz Convocado
Dr. Alexandre Ramos Garcia - Secretário

5ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às quartas-feiras com início às 08h30min)

Des. Francisco Barbosa Filho - Presidente
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Dra. Daniela da Silva Clementino - Secretária

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
Desa. Lira Ramos de Oliveira
Dra. Geórgia Márcia Coelho Ramos - Secretária

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
Desa. Helena Lúcia Soares
Dra. Kátia Cilene Teixeira - Secretária

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

Dr. Antônio Pádua Silva - Juiz Convocado

Dra. Maria do Socorro Loureiro de Oliveira - Secretária

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

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

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido - Presidente

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo

Desa. Francisca Adelineide Viana

Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite

Des. Francisco Gomes de Moura

Desa. Maria Edna Martins

Des. Mário Parente Teófilo Neto

Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães

Dr. Francisco Carneiro Lima - Juiz Convocado

Dr. Antônio Valdir de Almeida Filho - Secretário

1ª CÂMARA CRIMINAL

(Reuniões às terças-feiras com início às 13h30min)

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido - Presidente

Desa. Maria Edna Martins

Des. Mário Parente Teófilo Neto

Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães

Dr. Francisco Carneiro Lima - Juiz Convocado

Dr. Emanuel Andrade Linhares - Secretário

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

Dra. Ana Amélia Feitosa Oliveira - Secretária

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Apelação Cível.....	15/321
Agravo de Instrumento	325/429
Ação Rescisória	433/444

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Apelação Crime	449/531
Habeas Corpus	535/591
Índice Alfabético.....	592/601

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

PROCESSO Nº 0153321-30.2011.8.06.0001
RECURSO APELATÓRIO DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: EDVANDO SILVA PORTO
APELADO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ENTE PÚBLICO MUNICIPAL. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS NÃO EVIDENCIADOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, INCISO I, DO CPC. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. CONDUTA LEGAL ADOTADA PELOS AGENTES MUNICIPAIS. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

I - A responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros por atos comissivos dos seus agentes, encontra-se inserida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

II - A atuação dos guardas municipais foi pautada pelo estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular de direito, afastando o dever de indenizar.

III - A parte autora não comprovou o ilícito praticado pelos agentes públicos, ônus que lhe incumbia, *ex vi* do art. 333, inciso I, do CPC.

IV - Recurso Apelatório CONHECIDO, mas DESPROVIDO.

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 Recurso Apelatório, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 27 de abril de 2015.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Apelatório em Ação de Reparação de Danos Materiais, Morais e Estéticos ajuizada por EDVANDO SILVA PORTO contra o MUNICÍPIO DE FORTALEZA, na qual o juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, fls. 124/127, julgou IMPROCEDENTE o pleito contido na inicial, vez que o requerente não se desincumbiu do ônus de provar os elementos inseridos no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, como determina o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Condenou o autor, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, suspendendo sua exigibilidade, ante o benefício da gratuidade judiciária concedido.

Na peça exordial, fls. 01/15, narra o autor ser motorista de transporte coletivo e que, no dia 04 de agosto de 2009, por volta das 18h, seu colega de profissão foi preso de forma ilegal, no Terminal urbano do bairro Antônio Bezerra, por Guardas Municipais. Informa que, ao tentar prestar socorro ao companheiro de trabalho, foi agredido pelos agentes públicos municipais, de maneira desproporcional, resultando em fratura exposta no antebraço esquerdo, causando-lhe incapacidade para continuar exercendo seu *munus*. Explica que em decorrência desse fato, além do dano material decorrente dos custos com o tratamento médico e medicamentos destinados a sua recuperação, e da perda da capacidade de suas funções laborais, ainda sofreu danos estéticos e morais, este último em derivação da repercussão que houve junto a sua família e outros meios sociais de convívio. Pugna, assim, pela condenação do requerido ao pagamento pelos danos materiais (R\$ 1.000.000,00 – Um milhão de reais), morais (R\$ 500.000,00 – Quinhentos mil reais) e estéticos (R\$ 500.000,00 – Quinhentos mil reais) sofridos.

Contestação da parte ré, fls. 68/78, relatando que na data especificada, uma Comissão do Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários – SINTRO, liderada pelo autor, então presidente, empregou meios na tentativa de invadir a Sala de Apoio da Guarda Municipal do Terminal do Antônio Bezerra, destruindo o patrimônio público ali existente (portas, janelas, computadores), além de efetuar o bloqueio de acesso ao Terminal e agredir os guardas municipais, os quais, no cumprimento do dever funcional (exercício regular de direito) e no interesse de defesa do patrimônio público e de suas integridades físicas, revidaram ao ataque. Diante dos acontecimentos, aduz ausência de ato ilícito cometido, inexistindo, conseqüentemente, o dever de indenizar. Quanto ao mérito, sustenta que o autor não demonstrou os danos materiais alegados, devendo, por tudo isso, ser julgada improcedente a ação.

Sem réplica, conforme certidão de fl. 113.

Intimadas as partes sobre o desejo de indicar a produção de outras modalidades de provas, fl. 114, mantiveram-se inertes, fl. 118.

Sentença de improcedência do pleito autoral às fls. 124/127.

Nas razões recursais, fls. 130/134, o demandante, ora recorrente, elabora resenha repetindo os fatos articulados na inicial e ratificando a questão da atitude desproporcional articulada pelos guardas municipais. Requer, assim, o provimento do recurso e a consequente reforma da sentença.

Contrarrazões do recorrido às fls. 139/142.

É o que importa relatar.

À douta revisão.

Fortaleza, 14 de abril de 2015.

VOTO

O recurso é cabível, tempestivo e dispensado de preparo, porquanto litiga o autor sob o pálio da gratuidade judiciária. Passo ao seu enfrentamento.

Analisando detidamente os autos, entendo que acertadamente decidiu o magistrado de primeiro grau.

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, estão sujeitas ao regime de responsabilidade previsto no art. 37, § 6º, da Constituição da República.

Sérgio Cavalieri Filho expõe esta lição:

“O constituinte adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano.”
(*In* Programa de Responsabilidade Civil, 8ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2009, p. 237).

A conduta do agente público é lícita, quando respeita o padrão de normalidade, isto é, mediante o exercício regular de direito.

Como regra geral, neste caso, não resta presente hipótese de responsabilidade civil e, por consequência, o dever de indenizar. Isso porque foram observadas as normas jurídicas exigidas e não constatado excesso no agir.

Esta é a solução apresentada pela doutrina:

“É indispensável a ilicitude, que constitui a violação de um dever jurídico preexistente (“violar direito e causar dano”, como preceitua o art. 186). Sendo lícita a conduta, em princípio, não haverá obrigação de indenizar, ainda que prejudicial a terceiro.”
(Carlos Roberto Gonçalves, *in* Direito das Obrigações, Parte Especial, Responsabilidade Civil, volume 6, tomo II, Sinopses Jurídicas, Editora Saraiva, 3ª edição, p. 3).

“Não poderá haver responsabilidade civil se o agente atuar no exercício regular de um direito reconhecido (art. 188, I, segunda parte).
Isso é muito claro.
Se alguém atua escudado pelo Direito, não poderá estar atuando contra esse mesmo Direito.”
(Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *in* Novo Curso de Direito Civil, Responsabilidade Civil, volume 3, 10ª edição, Editora Saraiva, p. 154).

Aníbal Bruno leciona sobre as causas de exclusão da antijuridicidade:

“O estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito aparecem também como causas de exclusão do ilícito. São manifestações de uma só atitude – a atuação segundo o Direito, em qualquer das suas formas: o comando da lei ou a permissão da lei, e os fatos que daí decorrem, embora configurem um tipo penal, não podem constituir crime. Falta-lhes a antijuridicidade do atuar do sujeito, que, no caso, é inteiramente conforme a ordem jurídica.

...

Também não se pode falar de ilícito na prática do que a lei permite. Não pode haver no exercício regular de um direito hipótese de crime, desde que na maneira de exercitá-lo o agente não ultrapasse os limites do que, explicita ou implicitamente, a lei consente, devendo-se observar que, em princípio, a ninguém é permitido fazer-se justiça por si mesmo, exercendo violência sobre pessoa ou coisa.”

(*In* Direito Penal, Parte Geral, Tomo 2º, Editora Forense, 1978, pp. 7 e 8).

Retornando aos ensinamento de Sergio Cavalieri Filho, transcrevo importantes esclarecimentos:

“Pelos mesmas razões, não gravitam na órbita do dano moral aquelas situações que, não obstante desagradáveis, são necessárias ao regular exercício de certas atividades, como, por exemplo, a revista de passageiros nos aeroportos, o exame das malas e bagagens na alfândega, o protesto do título por falta de pagamento, e outras semelhantes.

...

E assim é porque o direito e o ilícito são antíteses absolutas – um exclui o outro: onde há ilícito não há direito; onde há direito não pode existir ilícito. Vem daí o princípio estampado no art. 188, I, do Código Civil que não considera ilícito o ato praticado no regular exercício de um direito.

(*In* Programa de Responsabilidade Civil, 4ª edição, Malheiros Editores, pp. 100/101).

Por conseguinte, não deve ser imposta a obrigação de indenizar se o agente praticou a conduta em consonância com o sistema jurídico (art. 188, I, do CC) e de maneira não abusiva.

É exatamente essa a solução que deve ser aplicada ao presente litígio.

A conduta perpetrada pelo autor (invadir a Sala de Apoio da Guarda Municipal, depredando todos os móveis que guarnecem aquele ambiente) obrigou os agentes públicos do município a agirem no estrito cumprimento do dever.

Saliente-se que os demais elementos de prova constantes dos autos demonstram que os guardas municipais apenas buscaram se defender e preservar o bem público que, ao final, restou depredado, conforme se observa do Termo de Declaração de fls. 79/80, fato que justificou a ação dos agentes municipais, não se verificando abusividade ou desproporcionalidade.

Não bastaria somente as declarações médicas do estado de saúde do autor para desfazer a presunção de legalidade do ato praticado por agente público. Ademais, a situação criada pela parte requerente, bem como os demais documentos apresentados, indicam que a ação realizada foi necessária e proporcional ao ataque.

De mais a mais, restou oportunizado aos litigantes, apresentar outras modalidades de provas, além da documental carreada aos autos, fl. 114. Contudo, decorreu o prazo sem manifestação, fl. 118.

Desse modo, tenho que não há responsabilidade entre a ação dos guardas municipais e o dano alegadamente suportado pelo autor, não restando caracterizado o dever de indenizar do Município no caso em análise.

Frise-se que é ônus da parte autora a prova dos fatos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 333, inciso I, da Legislação Processual Civil, do qual não se desincumbiu a contento.

Precedentes jurisprudenciais sobre a questão, inclusive sob minha relatoria:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. AFERIÇÃO DOS REQUISITOS

DA RESPONSABILIDADE CIVIL. SÚMULA 7/STJ. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO MORAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A modificação do v. acórdão recorrido no sentido de que não estariam presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil do ora agravado, como ora postulado, encontra óbice na Súmula 7/STJ, por demandar o vedado revolvimento de matéria fáticoprobatória.

2. No julgamento do REsp 55.870/SP, de relatoria do eminente Ministro NILSON NAVES (DJ 19.08.1996), este Pretório já decidiu que o requerente da medida cautelar "responde pelo prejuízo que causar, desde que a execução da medida tenha comprovadamente causado prejuízo ao requerido", de modo que não comporta guarida a assertiva de que os danos morais, na hipótese, seriam presumidos.

3. Não há como se acolher o pedido alternativo de que seja reconhecida a omissão do aresto hostilizado, o qual bem apreciou a matéria controvertida, concluindo pela inexistência do dever de indenizar do ora agravado em razão da excludente de responsabilidade decorrente do exercício regular de um direito e da ausência do próprio dano, pressuposto da responsabilidade civil. Inexiste, portanto, o vício alegado.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no Ag 1333637/MT, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 07/06/2011).

“CIVIL. DANO MORAL À HONRA OBJETIVA DO APELADO. NÃO CONFIGURADO (ART. 333, I, DO CPC). INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. APURAÇÃO DE SUPOSTA FALTA ÉTICA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. INTELIGÊNCIA DO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O mero ato de se insurgir contra alguém, seja na seara administrativa, seja na judiciária, não caracteriza ato ilícito passível de reparação, mas, ao revés, exercício regular de um direito, dada a previsibilidade de tal ação nas normas regeadoras do vigente sistema jurídico, inclusive do respectivo Conselho Profissional, consectário da garantia constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88).

2. Apenas quando a atuação do agente atinja injustamente bem jurídico de outrem, causando-lhe mal desnecessário, comete abuso de direito, tornando-se o dano indenizável.

3. No caso, todavia, não vislumbro responsabilidade do recorrente dada à completa ausência de comprovação da sua intenção malsinada, atuando estritamente em razão de exercício regular de direito, admitido pelo sistema jurídico.

4. Por seu turno, emerge dos autos a ausência de prova cabal do dano sofrido pelo recorrido, que não se desincumbiu de comprová-lo satisfatoriamente (art. 333, I do CPC), razão pela qual não há falar na indenização postulada pelo apelado, à luz do art. 927 do Código Civil.

5. Recurso de Apelação conhecido e provido, a reformar integralmente a sentença, com inversão da sucumbência.” (Apelação Cível nº 91213-67.2008.8.06.0001/1, Rel. Des. Francisco Gladyson Pontes, 3ª Câmara Cível, julgada em 04/08/2014).

Portanto, em face do acima expendido, a improcedência da demanda é medida que se impõe.

Ante o exposto, CONHEÇO do Recurso Apelatório, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 27 de abril de 2015.

REEXAME NECESSÁRIO Nº 0029734-81.2013.8.06.0071

ORIGEM: 2ª VARA DA COMARCA DE CRATO

REMETENTE: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE CRATO.

AUTORA: RAYLA LOBO BARRETO DE OLIVEIRA (Representada por ANTÔNIO ROGÉRIO BARRETO DE OLIVEIRA)

RÉU: COLÉGIO LOBO BARRETO DE OLIVEIRA

RELATORA: DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA

ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO AO ENSINO FUNDAMENTAL A MENOR DE SEIS ANOS. IDADE QUE SERÁ ATINGIDA NO CURSO DO ANO LETIVO. ATENTADO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PREVALÊNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. PRECEDENTES. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO PORÉM IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Nos termos do art. 7º da Lei n.º 8.069/90.

2. Num país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas constitucionais alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não se poderia imaginar fosse o direito à educação das crianças relegado a um plano diverso daquele que

o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais.

3. A despeito da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional prever, em seu art. 87, § 3º, inciso I, a "faculdade" de se efetuar a matrícula da criança com idade de 6 (seis) anos de idade, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu art. 54, IV, reitera a regra constitucional, plasmada no seu art. 208, inciso V, de que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística deve observar a capacidade de cada um.

4. O exercício do direito fundamental de toda criança à educação não deve ser inviabilizado por meras avaliações subjetivas, devendo a capacidade de aprendizagem da criança ser avaliada de forma individual e não genérica, tendo em vista que tal condição não se obtém exclusivamente pelo critério da idade.

5. Reexame obrigatório conhecido e improvido. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acorda a 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, pelo conhecimento da Remessa obrigatória, mas para lhe negar provimento, permanecendo inalterada a decisão de primeiro grau, nos termos do voto da Desembargadora relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário relativo à sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Crato em sede de Ação Mandamental impetrada por Rayla Lobo Barreto de Oliveira, representada por Antônio

Rogério Barreto de Oliveira, contra ato da diretoria do Colégio Pequeno Príncipe.

Afirma a requerente que cursou, em 2012 a série infantil IV, no Colégio Pequeno Príncipe, sendo aprovada e conseguindo capacitação para cursar a série seguinte. Sustenta, ainda que no ato de matrícula para o Infantil V seus pais foram surpreendidos por comunicado emitido pela impetrada informado a impossibilidade de matrícula em virtude de não possuir idade para cursar a referida série.

Aduz que a limitação da matrícula de crianças na mesma faixa etária apenas em razão da diversidade de datas dos seus aniversários afronta o princípio da isonomia. Por fim, destaca que o Estado deve resguardar o seu direito à educação, nos termos dos artigos 208, inciso V, e 227 da Constituição Federal. Ao final, requer a efetivação de sua matrícula na série Educação Infantil V.

Liminar deferida à pág. 34.

Informações prestadas pelo impetrado às págs. 38/44, oportunidade em que sustenta a necessidade de observância da Lei nº 9394/95, bem como a eficácia da Resolução nº 06 do CNE/CEB, que fixa como idade mínima para ingresso no ensino infantil e fundamental em 4 e 6 anos, respectivamente.

Parecer do Ministério Público de primeiro grau às págs. 52/53, opinando pela concessão da segurança requestada.

Sentenciando o feito (págs. 58/59), o juízo *a quo* concedeu a segurança pleiteada.

Ante a inexistência de recurso voluntário, os autos foram remetidos para reexame necessário.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às págs. 80/88, opinando pela manutenção da sentença.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

Considero pertinente a análise do presente feito em sede de Reexame Necessário por reunir as condições ao devido exame, nos termos do art. 475 do Código de Processo Civil.

Sem preliminares, passo ao mérito da remessa oficial.

Trata-se de *mandamus* contra ato em que a diretoria de estabelecimento de ensino infantil se recusou a matricular aluna na série subsequente à que logrou aprovação em virtude de critério etário estabelecido em Resolução do Conselho Nacional de Educação.

A questão central, objeto do presente reexame necessário, cinge-se em saber se o ato de indeferimento da matrícula de criança com idade inferior a seis anos de idade, representa ilegalidade ou inconstitucionalidade, em face da legislação pátria.

Destarte, havendo nos autos (págs.20/23) comprovação de capacidade da criança, através de laudos de avaliação psicopedagógica, considerando-a apta para ser matriculadas no Ensino Infantil V, deve lhe ser assegurado o direito constitucional à educação.

É direito do menor a frequência ao ensino, mesmo que a idade exigida seja alcançada no curso do semestre, porquanto razoável que no momento da efetivação da matrícula seja aferida a capacidade do menor, por meio de laudos de avaliação psicopedagógica, para fins de realização do princípio da legalidade, sob pena de violação ao próprio comando constitucional.

O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Nos termos do art. 7º da Lei n.º 8.069/90 afere-se que:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

O art. 208 da Constituição Federal garante o ensino fundamental segundo a capacidade de cada um, *verbis* :

Art. 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não

tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

(...)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um

Muito embora a matéria pareça gravitar única e exclusivamente em sede constitucional, a realidade é que a questão vem traçada no ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), em seu art. 54, que assim dispõe :

Art. 54 - É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria ;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; (*omissis*) Grifo nosso.

Evidentemente que num país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade da pessoa humana, promessas constitucionais alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não se poderia imaginar fosse o direito à educação das crianças relegado a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais.

Realmente, meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. Sobre o tema leciona Luís Roberto Barroso.

“(…) A Constituição de 1988 reiterou ser a educação direito de todos e dever do Estado (art. 205), e detalhou, no art. 208, que tal dever será efetivado mediante a garantia de "ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para

os que a ele não tiveram acesso na idade própria" (inciso I), bem como pelo "atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência..." (inciso III). Também aqui não parece haver dúvida quanto à imperatividade da norma e a exigibilidade do bem jurídico tutelado em ambos os casos.

É bem de ver, no entanto, que o constituinte preferiu não sujeitar-se a riscos de interpretação em matéria à qual dedicou especial atenção: o ensino fundamental. Desse modo, interpretando assim mesmo, fez incluir no § 1º do art. 208 a declaração de que "o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo". O dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual - dever do Estado configuram, na mesma sorte direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem mas tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insusceptível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva¹."

A despeito da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional prever, em seu art. 87, § 3º, inciso I, a "faculdade" de se efetuar a matrícula da criança com idade de 6 (seis) anos de idade, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu art. 54, IV, reitera a regra constitucional plasmada no seu art. 208, inciso V, de que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística deve observar a capacidade de cada um.

Deveras, se é direito do menor a frequência ao Infantil V a partir de seis anos, sendo a referida idade alcançada no curso do semestre, é razoável que no momento da efetivação da matrícula seja aferida a capacidade do menor, para fins de realização do princípio da isonomia, sob pena de violação ao próprio comando constitucional.

Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e

1 BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas, p-115 5ª edição.

das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel.

Verdadeiramente, matricular uma criança de seis anos no início do ano e deixar de fazê-lo com relação aquele que completaria a referida idade em um mês, por exemplo, significa o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mas também ferir de morte a dignidade humana. Corroborando o exposto, destaque-se Jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 127 DA CF/88. ART. 7º DA LEI 8.069/90. DIREITO AO ENSINO FUNDAMENTAL AOS MENORES DE SEIS ANOS "INCOMPLETOS". PRECEITO CONSTITUCIONAL REPRODUZIDO NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA.

1. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é indisponível, em função do bem comum, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

2. Menores de seis anos incompletos têm direito, com base em norma constitucional reproduzida no art. 54 do ECA (Lei 8.069/90), ao ensino fundamental.

3. Consagrado, por um ângulo, o dever do Estado; revela-se, por outro, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei enquadram-se na esfera desse direito e podem exigilo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da Ação Civil Pública.

4. Descabida a tese da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse

particular, constitucional, sem importância se mostra essa categorização. Tendo em vista a explicitude do ECA, é inequívoca a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito à educação.

5. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica dispêndio, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes porquanto, no regime democrático e no estado de direito, o Estado soberano submete-se à própria Justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o Judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa da legislação.

6. Recurso Especial provido.

(REsp 1189082/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 04/02/2011). Grifo nosso.

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. ART. 127 DA CF/88. ART. 7. DA LEI N.º 8.069/90. DIREITO AO ENSINO FUNDAMENTAL AOS MENORES DE SEIS ANOS "INCOMPLETOS". NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

2. O direito constitucional ao ensino fundamental aos menores de seis anos incompletos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90): "Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: (...) V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; (*omissis*)"

3. *In casu*, como anotado no aresto recorrido "a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional prever, em seu art. 87, § 3º, inciso I, que a matrícula no ensino fundamental está

condicionada a que a criança tenha 7 (sete) anos de idade, ou facultativamente, a partir dos seis anos, a Constituição Federal, em seu art. 208, inciso V, dispõe que o acesso aos diversos níveis de educação depende da capacidade de cada um, sem explicitar qualquer critério restritivo, relativo a idade. O dispositivo constitucional acima mencionado, está insito no art. 54, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente o acesso à educação, considerada direito fundamental.

(...)

11. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

12. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

13. Ad argumentandum tantum, o direito do menor à frequência de escola, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, matricular um menor de seis anos no início do ano e deixar de fazê-lo com relação aquele que completaria a referida idade em um mês, por exemplo, significa o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

(...)

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo

Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

(...)

16. Recurso especial não conhecido.

(REsp 753.565/MS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 28/05/2007, p. 290)

Grifo nosso.

Trata-se, no caso, de verdadeiro direito subjetivo da criança de poder continuar o seu desenvolvimento educacional sem que haja qualquer embaraço do Estado ou daquele que exerce atividade educacional. Seria verdadeiramente desproporcional não permitir que a criança, por conta de alguns meses que a separam da idade estabelecida pela Resolução como apropriada, interrompa seu aprendizado ou repita sem justo motivo uma série que já se mostrou apta a superar. Esta Sexta Câmara Cível do TJCE também já se debruçou sobre a matéria, em caso idêntico:

CONSTITUCIONAL. REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MATRÍCULA NO ENSINO FUNDAMENTAL. MENORES DE SEIS ANOS. IDADE MÍNIMA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PREVALÊNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO. APTIDÃO INTELLECTUAL COMPROVADA. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O mandado de segurança foi impetrado contra ato administrativo que impediu a matrícula das Impetrantes para a progressão de grau escolar, sob o fundamento de que as mesmas não estavam na faixa etária adequada para cursarem as séries escolares posteriores, conforme estabelece a Resolução nº. 6, do Conselho Nacional de Educação.

2. Neste aspecto, o direito social à educação está assegurado no art. 6º, da Constituição Federal e é dever do Estado

efetivá-lo de acordo com a capacidade intelectual de cada indivíduo, conforme art. 208, inciso V, da Constituição Federal, reproduzido, pelo art. 54, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº. 8.069/90.

3. O exercício do direito fundamental de toda criança à educação, não deve ser inviabilizado por meras avaliações subjetivas da Administração Pública, devendo, a capacidade de aprendizagem da criança, ser avaliada de forma individual e não genérica, tendo em vista que tal condição não se obtém exclusivamente pelo critério da idade.

4. Deste modo, demonstra-se irrazoável a negativa de matrícula das Impetrantes no ensino fundamental, tão somente com fundamento no aludido critério de idade, tendo em vista que as mesmas já estudavam na escola onde pretendiam a matrícula, obtendo conclusão e aprovação na etapa escolar anterior, pressupondo-se o sucesso na análise individual acerca da aptidão intelectual para avanço na aprendizagem.

5. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: "Menores de seis anos incompletos têm direito, com base em norma constitucional reproduzida no art. 54 do ECA (Lei 8.069/90), ao ensino fundamental." REsp 1189082/SP; Relatoria Ministro Herman Benjamin.

6, REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

(TJCE;ReexameNecessário nº0031844-24.2011.8.06.0071; 6ª Câmara Cível; Relatora Desembargadora Maria Vilauba Fausto Lopes;Dje: 24/02/2014). Grifo nosso.

Conclui-se, portanto, que o exercício do direito fundamental de toda criança à educação, não deve ser inviabilizado por meras avaliações subjetivas, devendo, a capacidade de aprendizagem da criança ser avaliada de forma individual e não genérica, tendo em vista que tal condição não se obtém exclusivamente pelo critério da idade.

Pelo exposto, conheço do Reexame Necessário, mas para negar-lhe provimento, mantendo na íntegra a decisão vergastada.

É como voto.

Fortaleza, 14 de janeiro de 2015.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0636158-63.2000.8.06.0001/1

APELANTE: COELCE – COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ

APELADO: WANIA MARIA MAIA NOGUEIRA

RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. FRAUDE NO MEDIDOR. FISCALIZAÇÃO REALIZADA SEM OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO. COBRANÇA INDEVIDA DE MULTA E DÉBITO ACUMULADO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA VERIFICADA. HONORÁRIOS COMPENSADOS. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Na origem, cuida-se de Ação de Ordinária Anulatória c/c Reparação de Perdas e Danos protocolada pela recorrida em face da apelante, com o fim de afastar a penalidade imposta pela recorrente, bem como declarar indevido o débito acumulado constatado em decorrência de Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI) lavrado após vistoria na unidade consumidora de propriedade da recorrida. Requereu a recorrida, ainda, a condenação da empresa promovida na reparação dos danos materiais e morais. Alega que a vistoria no medidor ocorreu à sua revelia, tendo, inclusive, sido realizada modificação no equipamento.

2. Anunciado o julgamento antecipado da causa. Inconformado com o referido *decisum*

interlocutório, a empresa recorrente apresentou Agravo Retido ao argumento de cerceamento de defesa.

3. A ação foi julgada parcialmente procedente. Recurso de Apelação interposto sob o argumento, em síntese, de que a empresa recorrente agiu dentro da legalidade, tanto quando da fiscalização quanto na autuação e aplicação da penalidade, nos termos da Resolução 456/2000, da ANEEL, bem como afirma ter ocorrido sucumbência recíproca (art. 21, do CPC).

4. Em análise ao Agravo Retido, o simples fato de o magistrado anunciar o julgamento antecipado, por si só, não se apresenta como fundamento apto a ensejar a nulidade da sentença de mérito prolatada. Necessário se faz que a parte interessada em desconstituir referido julgamento apresente o prejuízo decorrente daquele julgamento antecipado. Precedentes. Agravo conhecido, porém desprovido.

5. No mérito, equivocou-se a recorrente quando da fiscalização do equipamento na residência da recorrida, posto que escusou-se de comunicar a esta com antecedência a realização do referido procedimento (Resolução 456/2000, da ANEEL). Decerto, existe a assinatura da recorrida no Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI) elaborado pela concessionária apelante, mas tal fato apenas comprova que a mesma dele tomou ciência do resultado da fiscalização, sem que, ao certo, se tenha aberto oportunidade de acompanhar o procedimento de fiscalização e constatação da fraude. Reputa-se violado o direito de defesa da recorrida pela concessionária, que unilateralmente atribui à recorrida a

responsabilidade pelas irregularidades na unidade medidora de consumo.

6. A constatação das irregularidades no medidor de energia elétrica da unidade consumidora da apelada, por si só, não se mostra suficiente para comprovar que a irregularidade foi cometida pela recorrida ou que tenha havido um consumo efetivo maior. Diante do exposto, não há que se imputar à recorrida o débito oriundo de fraude que não restou comprovada a sua autoria.

7. Quanto aos honorários advocatícios, tenho que as partes apresentam-se como vencedora e vencida na demanda, devendo ser aplicado o que determina o art. 21 do CPC, com a compensação dos honorários advocatícios entre as partes.

8. Agravo Retido conhecido e desprovido e Apelação Cível conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente em conhecer o Agravo Retido e o Recurso de Apelação Cível, para negar provimento ao primeiro e dar parcial provimento ao segundo, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Da ação

Cuidam-se os presentes autos de Ação de Ordinária Anulatória c/c Reparação de Perdas e Danos protocolada pela recorrida em face da apelante, com o fim de anular a penalidade e a cobrança efetuada pela recorrente em decorrência de Termo de Ocorrência lavrado após vistoria na unidade consumidora de propriedade da recorrida, bem como condenar a empresa promovida na reparação dos danos materiais e morais.

Alega a recorrida ser indevida a cobrança da multa e da diferença encontrada na sua conta de energia elétrica referente aos meses de 05/2000 a 05/2002. Afirmar, ainda, que a diminuição verificada no consumo de sua residência deveu-se a esforço conjunto de sua família.

Alega a recorrida que a vistoria no medidor ocorreu sem a presença de nenhum dos moradores da residência, tendo, inclusive, sido realizada modificação no equipamento.

Da contestação

Em sua defesa, fls. 46/65, a concessionária aduz ter detectado grande divergência de consumo entre os meses de 06/2000 e 07/2000, dando a entender a ocorrência de desvio de energia, constatado em 21/02/2002 (fls. 71/73). Afirmar que, após a correção do medidor, o consumo de energia na residência da recorrida voltou à média normal. Alega ter agido dentro da legalidade, tanto quando da fiscalização do equipamento, como quando da cobrança dos valores acumulados, nos termos da Resolução 456/2000, da ANEEL.

Da instrução e julgamento

No curso da instrução, foi deferida em sede de audiência, fl. 131, a realização de prova pericial pela empresa promovida. Contudo, após a nomeação do perito e apresentação dos quesitos pelas partes, a empresa recorrente desistiu da mesma, fl. 140/142.

Anunciado o julgamento antecipado da causa, fl. 151.

Do Agravo Retido

Inconformado com o referido *decisum* interlocutório, a empresa recorrente apresentou Agravo Retido ao argumento de cerceamento de defesa diante da necessidade de realização de prova testemunhal.

Da sentença

A ação, então, foi julgada parcialmente procedente, consoante sentença às fls. 171/178, sendo anulada a “penalidade e multa aplicada pela

demandada em relação à conta nº 030112009009000, referente ao termo de ocorrência nº 251823, medidor nº (COELCE) 471034, cliente Wânia Maria Maia Nogueira”.

Das razões de apelação

Inconformada com o referido *decisum*, a COELCE apresentou Recurso de Apelação, consoante fls. 180/202, inicialmente requerendo a apreciação do Agravo Retido e, no mérito, seja reformada a sentença. Aduz o cerceamento de defesa diante do julgamento antecipado da causa, sem que fossem ouvidas as testemunhas arroladas. Alega ter agido dentro da legalidade, tanto quando da fiscalização quanto na autuação e aplicação da penalidade, nos termos da Resolução 456/2000, da ANEEL. Ainda, afirma ser responsabilidade do consumidor a manutenção da integridade do equipamento de medição. Afirma ter ocorrido sucumbência recíproca, devendo os honorários sucumbenciais serem compensados, nos termos do art. 21, do CPC.

Dos efeitos da apelação

Apelação recebida no duplo efeito, fl. 204.

Das Contrarrazões

Devidamente intimada, a parte recorrida apresentou contrarrazões às fls. 205/207 sob o argumento, em síntese, de que a vistoria realizada pela empresa recorrente na unidade consumidora em discussão, foi feita à revelia da recorrida, merecendo, assim, ser mantida a sentença de mérito.

Dos pontos controvertidos do recurso

São pontos controvertidos:

1. eventual cerceamento de defesa diante do anúncio do julgamento antecipado da causa, sem que fosse realizada aprova testemunhal;

2. legalidade do procedimento tomado pela empresa recorrente quando da vistoria, aplicação de multa e cobrança de valores acumulados;
3. condenação na sucumbência.

Da intervenção ministerial (art. 82 do CPC)

Instado a manifestar-se, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso, consoante parecer às fls. 227/230.

É o relatório.

Da revisão

Nos termos do art. 551, caput, e por não se tratar de nenhum dos casos do §3º, encaminhado à d. Revisão.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço a apelação interposta.

O cerne da questão consiste em aferir o dever da consumidora/apelada de pagar à apelante a diferença de valores encontrados em sua conta de energia elétrica, aferida em decorrência da constatação de fraude no seu medidor.

Do Agravo Retido

Inicialmente, cumpre apreciar o Agravo Retido interposto pela apelante, sob o argumento de cerceamento de defesa diante do julgamento antecipado do feito sem que se oportunizasse às partes a produção das provas requeridas.

Contudo, o simples fato de o magistrado anunciar o julgamento antecipado, por si só, não se apresenta como fundamento apto a ensejar a nulidade da sentença de mérito prolatada. Necessário se faz que a parte

interessada em deconstituir referido julgamento presente o prejuízo decorrente daquele julgamento antecipado.

Por certo, a ordem “normal” do processo requer que o magistrado após a formação do contraditório oportunize às partes o direito de apresentarem as provas que pretendem ver analisadas pelo magistrado.

É sabido, contudo, que não são todas as demandas que ensejam esse procedimento, posto existirem causas as quais a decisão prescinde de qualquer análise probatória, devendo o magistrado apenas aplicar o direito ao caso concreto apresentado, ou mesmo aquelas em que as provas já se apresentam devidamente anexadas aos autos, fazendo com que o magistrado, em observância ao princípio da celeridade processual, anuncie o julgamento antecipado da causa.

O presente caso, a despeito do entendimento apresentado pelo recorrente, certamente prescinde de maior dilação probatória, em especial diante da desistência de prova pericial.

Nesse sentido, colaciono alguns julgados:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. NULIDADE DO RELATÓRIO. INOCORRÊNCIA. RELATÓRIO CONSTANDO TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DOS FATOS NOTICIADOS PELAS PARTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO QUE, EMBORA SUCINTA, PONTOU TODAS AS QUESTÕES RELEVANTES PARA A SOLUÇÃO DO CONFLITO POSTO. LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTÓRIO. A DÍVIDA DE ALIMENTOS PODE SER QUANTIFICÁVEL POR MEIO DE SIMPLES CÁLCULOS ARITMÉTICOS. PRECEDENTES DO STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA PELA AUSÊNCIA DE DESPACHO SANEADOR. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. DESNECESSIDADE DE DESPACHO SANEADOR OU DE ANÚNCIO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO ÀS PARTES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Não conformado com a sentença de rejeição dos embargos à execução, mandando prosseguir o feito executório da quantia de 14.400,00 (quatorze mil e quatrocentos reais)

de verbas alimentícias, propôs o presente recurso na pretensão de anular a sentença, ao argumento de que o relatório não citou todas "as incidências processuais", "falta (ou não está claro, ou positivado), o requisito que exige a apresentação prévia discriminada e atualizada do cálculo", ausência de fundamentação, falta de oportunidade para falar sobre a juntada de documentos, e que julgou o feito, antecipadamente, sem o necessário despacho saneador. 2. Por primeiro, não procede o argumento de que o relatório é insustentável, porque nele constam todas as circunstâncias dos fatos noticiados pelas partes, além de divisar, com precisão, todas as nulidades apontadas. 3. Sobre a suposta falta de fundamentação penso que a decisão não malfere a regra escrita no art. 93, IX, da CF/88, porquanto, embora sucinto, o julgado de 1º grau, pontuou, sem erro todas as questões consideradas importantes para solução do conflito posto. 4. Tratou, então, que o título não padece de iliquidez, incerteza e inexigibilidade, ao fundamento de que o valor executado de R\$ 14.544,70 (quatorze mil quinhentos e quarenta e quatro reais e setenta centavos) expressa a quantia correspondente a 05 (cinco) meses de atraso no pagamento dos alimentos fixados mensalmente em 16 (dezesesseis) salários mínimos, estes já acrescidos de juros de 6% ao ano. E assegurou nesta linha de raciocínio que a ausência de planilha de cálculos, não causa, por si só, a nulidade pretendida, uma que é possível realizá-lo, como visto, por simples cálculo aritmético. Nesse sentido, cito lição jurisprudencial do STJ: "não carece de liquidez a dívida de alimentos quantificável por simples cálculos matemáticos". (STJ; RHC 31942/SP; Terceira Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha, Publicado no Dje em 13/06/2013) 5. **Portanto, a existência dessas condições (liquidez, certeza e exigibilidade) afasta a necessidade de despacho para anúncio de julgamento antecipado, caso em que não encontro onde se centra a nulidade indicada.** 6. Sobre a ausência de despacho para mandar ouvir acerca de documentos (fls. 77/79), não vejo, do mesmo modo, presença de nulidade, porque a feição estampada nesses documentos como simples cópias fotostáticas de decisões (a primeira referente a decisão de lavra do Des. Hugo Alencar Furtado que indeferiu a suspensividade da decisão interlocutória que rejeitou indicação de bem a penhora; e a segunda, de decisão do juiz monocrático que julgou improcedente os embargos de declaração, que em

nada contribuem para a solução do litígio. 7. Correta, então, a decisão do M.M Juiz de planície ao rejeitar os Embargos à Execução. 8. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/Ce, Apelação 2597954200280600000, Órgão julgador: 1ª Câmara Cível, Relator(a): EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE, Data de registro: 07/08/2013)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA DEMANDA. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO ANÚNCIO. LIMINAR CONCEDIDA PARA DETERMINAR A RELIGAÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA E AUTORIZAR OS DEPÓSITOS DOS VALORES INCONTROVERSOS. PARTE AUTORA QUE NÃO CUMPRE A DECISÃO LIMINAR, ABSTENDO-SE DE DEPOSITAR OS VALORES QUE ENTENDE DEVIDOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO DO FUMUS BONI IURIS. AÇÃO CAUTELAR JULGADA IMPROCEDENTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Se a prova pleiteada pela apelante em nada contribuir para o esclarecimento da questão, é legal a sua negativa, não havendo que se falar em cerceamento de defesa. 2. No que diz respeito à necessidade de prévio anúncio para o julgamento antecipado da lide, o entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça é assente no sentido de que não há nulidade, nem mesmo cerceamento ao direito de defesa da parte, na ausência de despacho anunciando o julgamento antecipado, quando o conjunto probatório já se mostra suficiente ao exame da demanda. Preliminar rejeitada. Precedentes.

3. Mérito. Em exame, Ação Cautelar em que a empresa autora/apelante objetiva a concessão de provimento jurisdicional concernente em evitar que a demandada/recorrida COELCE, proceda à suspensão do fornecimento de energia elétrica. 4. Hipótese em que, não obstante o deferimento de medida liminar determinando a religação da energia, bem como autorizando a parte autora a depositar os valores incontroversos, olvidou-se a autora/apelante em cumprir a determinação judicial concernente ao depósito, fato que, por si só, afasta o requisito do fumus boni iuris, indispensável ao deferimento do pleito cautelar. 5. Recurso conhecido e desprovido. 6. Sentença confirmada.

(TJ/Ce, Apelação cível 7616891200680600011, Órgão

jugador: 1ª Câmara Cível, Relator(a): FRANCISCO SALES NETO, Data de registro: 31/07/2012)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO BANCÁRIO. JULGAMENTO ANTECIPADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DAS PROVAS E DA SUA INFLUÊNCIA NO JULGAMENTO. ILEGALIDADE DA CUMULAÇÃO DE Comissão de permanência com encargos moratórios. POSSIBILIDADE DE CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS, CONSOANTE A MP 1.963-17/00, REEDITADA SOB O Nº 2.170-36/01, DESDE QUE EXPRESSAMENTE PACTUADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O julgamento antecipado da lide não consubstancia cerceamento de defesa se o Julgador já encontra elementos suficientes nos autos para a formação de seu convencimento. 2. Se o magistrado de primeira instância entendeu que os documentos que instruíram a causa eram suficientes para o julgamento antecipado do feito, qualquer modificação desse decisum necessitaria de demonstração circunstanciada de que seriam necessárias outras provas, e não somente o apelo genérico. Deveria o recorrente apontar quais provas pretendia trazer aos autos, bem como em que estas poderiam influir no julgamento da causa. 3. É ilegal a cobrança concomitante de comissão de permanência, juros moratórios e multa moratória, a teor das Súmulas nº 30 e 296 do Superior Tribunal de Justiça, ficando autorizada somente a cobrança da comissão de permanência na forma simples. 4. É inadmissível a capitalização mensal de juros em contrato bancário firmado na vigência da MP 1.963-17/00, reeditada sob o nº 2.170-36/01, quando ausente cláusula expressa nesse sentido. 5. Apelo parcialmente provido.

(TJ/Ce, Apelação 74755008200080600011, Relator(a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, Órgão julgador: 1ª Câmara Cível, Data de registro: 24/01/2012)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. NÃO ACOLHIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES

DO STF E DO STJ. EXAME DAS RAZÕES DO INDEFERIMENTO. ENUNCIADO SUMULAR 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. **"A decisão judicial, que, motivada pela existência de outras provas e elementos de convicção constantes dos autos, considera desnecessária a realização de determinada diligência probatória e julga antecipadamente a lide, não ofende a cláusula constitucional da plenitude de defesa. Precedentes"** (STF, AI 752.176-AgR/RS, Segunda Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe 19/11/09). 2. Inviável, em sede de recurso especial, perquirir as razões motivadoras do indeferimento da prova pelo julgador. Incidência do verbete sumular 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1092657/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 12/04/2011)

No mesmo sentido: TJ/Ce, Apelação nº 0081313-24.2012.8.06.0000, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, Julgada em 29/07/2013; TJ/Ce, Apelação 75046967200080600011, Relator(a): FRANCISCO AURICÉLIO PONTES, Órgão julgador: 2ª Câmara Cível, Data de registro: 04/06/2012; TJ/Ce, Apelação 22966198200080600011, 1ª Câmara Cível, Francisco Sales Neto, Data de Registro: 03/03/2011.

Assim, conheço o Agravo Retido, mas para negar-lhe provimento.

Da Apelação

No mérito do apelo, cumpre esclarecer que o fornecimento de energia elétrica apresenta-se como típica relação de consumo, em que, *in casu*, a apelada afigura-se como destinatária final do serviço e, indiscutivelmente hipossuficiente, sobretudo quanto às questões técnicas postas em discussão.

Com efeito há que se aplicar ao caso as disposições constantes no CDC, em especial àquela prevista no art. 6º, VIII, que refere-se à inversão do ônus da prova, cabendo à concessionária/apelante comprovar

a fraude que imputa à autora, assim como a regularidade da cobrança de multa e valores acumulados.

Em análise aos fólios, depreende-se facilmente que laborou com êxito a concessionária ao verificar a equivocada cobrança de energia elétrica na unidade consumidora da apelada. Contudo, equivocou-se quando da fiscalização do equipamento, posto que escusou-se de comunicar com antecedência à recorrida da realização do procedimento, de forma a que a mesma pudesse acompanhar todo o procedimento de fiscalização.

Decerto, existe a assinatura da recorrida no Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI) elaborado pela concessionária apelante, mas tal fato apenas comprova que a mesma dele tomou ciência, sem que, ao certo, se tenha aberto oportunidade de acompanhar o procedimento de fiscalização e constatação da fraude.

Ademais, destaque-se que após a comunicação da recorrida da constatação da fraude, não foi a ela concedida qualquer oportunidade de defender-se, ou mesmo de impugnar aquilo que constatado pela concessionária. Apenas, foi ela comunicada da irregularidade e instada a efetuar o pagamento dos valores aferidos de maneira unilateral pela recorrente (fl. 12).

Assim, reputa-se violado o seu direito de defesa pela concessionária, que unilateralmente lhe atribui a ocorrência de irregularidades na unidade medidora de consumo.

A ANEEL, como agência reguladora, expede normas de conduta a serem seguidas pelas concessionárias de energia elétrica, e a Resolução nº 456/2000, então vigente, tratou sobre os procedimentos a serem adotados no caso de constatação de adulteração de medidores de consumo, estabelecendo nos arts. 38, §1º e 72:

Art. 38. O consumidor poderá exigir a aferição dos medidores, a qualquer tempo, sendo que as eventuais variações não poderão exceder os limites percentuais admissíveis.

§ 1º A concessionária deverá informar, com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, a data fixada para a realização da aferição, de modo a possibilitar ao consumidor o acompanhamento do serviço.

§ 2º A concessionária deverá encaminhar ao consumidor o laudo técnico da aferição, informando as variações verificadas, os limites admissíveis, a conclusão final e esclarecendo quanto a possibilidade de solicitação de aferição junto ao órgão metrológico oficial.

(...)

Art.72. Constatada a ocorrência de qualquer procedimento irregular cuja responsabilidade não lhe seja atribuível e que tenha provocado faturamento inferior ao correto, ou no caso de não ter havido qualquer faturamento, a concessionária adotará as seguintes providências:

I- emitir o "Termo de Ocorrência de Irregularidade", em formulário próprio, contemplando as informações necessárias ao registro da irregularidade, tais como:

(...)

II- solicitar os serviços de perícia técnica do órgão competente vinculado à segurança pública e/ou do órgão metrológico oficial, este quando se fizer necessária a verificação do medidor e/ou demais equipamentos de medição;

III- implementar outros procedimentos necessários à fiel caracterização da irregularidade;

IV- proceder a revisão do faturamento com base nas diferenças entre os valores efetivamente faturados e os apurados por meio de um dos critérios descritos nas alíneas abaixo, sem prejuízo do disposto nos arts. 73, 74 e 90:

a) aplicação do fator de correção determinado a partir da avaliação técnica do erro de medição causado pelo emprego dos procedimentos irregulares apurados;

b) na impossibilidade do emprego do critério anterior, identificação do maior valor de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência ativas e reativas excedentes, ocorridos em até 12 (doze) ciclos completos de medição normal imediatamente anteriores ao início da irregularidade;

c) no caso de inviabilidade de utilização de ambos os critérios, determinação dos consumos de energia elétrica e/ou das demandas de potência ativas e reativas excedentes por meio de estimativa, com base na carga instalada no momento da constatação da irregularidade, aplicando fatores de carga e de demanda obtidos a partir de outras unidades consumidoras com atividades similares.

§ 1º- Se a unidade consumidora tiver característica de consumo sazonal e a irregularidade não distorceu esta

característica, a utilização dos critérios de apuração dos valores básicos para efeito de revisão do faturamento deverá levar em consideração os aspectos da sazonalidade. (destaquei)

Como se vê, a concessionária cumpriu alguns dos requisitos necessários à constatação do dever do consumidor arcar com os custos adicionais das contas de energia elétrica apuradas em valor supostamente menor que o devido.

Contudo, há que se destacar que a constatação das irregularidades no medidor de energia elétrica da unidade consumidora da apelada, por si só, não se mostra suficiente para comprovar que a irregularidade foi cometida pela recorrida ou que tenha havido um consumo efetivo maior. Seguem alguns julgados:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. FORNECIMENTO ENERGIA ELÉTRICA. SUSPENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. DÍVIDA PRETÉRITA. SUPOSTA IRREGULARIDADE NO MEDIDOR. TERMO DE OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADE PRODUZIDO DE FORMA UNILATERAL. DOCUMENTO QUE NÃO SE PRESTA PARA PROVAR ALEGADA FRAUDE. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO COMPRAVADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

1. Realizado vistoria no medidor da apelada, constatou-se a utilização de KWH supostamente inferior ao utilizado. Daí, surgiu a discussão sobre a regularidade ou não do consumo, sendo este o ponto central da questão. 2. A lavratura do Termo de Ocorrência de Irregularidades (TOI) apontou as seguintes anormalidades: rompimentos dos selos; do medidor, do bloco do medidor e do quadro de medição. 3. **A Resolução 456/2000 da ANEEL, disciplina que a concessionária deverá "informar, com antecedência mínima de 03(três) dias úteis, a data fixada para a realização da aferição, de modo a possibilitar ao consumidor o acompanhamento do serviço". (art. 38,§1º)** 4. **Este dever, como visto, de informar, em função da Resolução retrocitada, não foi observado, pelo menos não há prova, nos autos, a respeito. E mais ainda, não consta, quando também devia, qualquer documento que aponte a existência de**

solicitação de serviço de perícia técnica a ser realizada por órgão competente, como prevê o item II, do artigo 72 da mesma resolução. 5. Estes descumprimentos malferiram, por certo, a validade e eficácia do Termo de Ocorrência de Irregularidades (TOI), uma vez que, pela simples leitura dos artigos e resolução, referidas, é fácil concluir que o pautado termo não constitui prova suficiente capaz de comprovar presença de fraude. 6. A lesão ao direito do contraditório e da ampla defesa, indicados no item anterior, provoca, inevitavelmente a nulidade da cobrança e vicia o ato que resultou no corte de fornecimento de energia elétrica, sobretudo quando de sua ocorrência já haviam sido intimados da liminar concedida (Cautelar nº 23306-83.2005.8.06.0000/0) e contestado a ação. 7. Nesta mesma direção tem decidido o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e este Tribunal, nos processos: Agravo Regimental no Ag nº 1349082/RO, Recurso Especial nº1117542/RS e Apelação Cível nº 37450022200080600011, de relatoria dos Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e o Desembargador Antônio Abelardo Benevides, respectivamente. 8. Danos morais - Exteriorizada, portanto, a flagrante violação ao procedimento ou a forma de apuração da suposta fraude, escritas na resolução citada de nº 456/2000, não se pode esconder a presença do nexo de causa e efeito entre o dano e a ação. 9. Porquanto este manifesto erro por parte da companhia de eletricidade acabou por causar ao consumidor vexame e constrangimento, ao proceder cobrança após aferição exclusivamente unilateral e ao determinar o corte no consumo de energia. 10. Sobre a matéria, cito decisões jurisprudenciais, vejamos: EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇO ESSENCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE CORTE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DANO MORAL CABÍVEL. QUANTUM PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. 1. O serviço público tido como essencial não pode, salvo nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, ser suprimido, suspenso, cortado ou prestado de forma ineficaz. 2. Não há como negar a essencialidade da prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica e, portanto, a suspensão do serviço pelo inadimplemento está em absoluto desacordo com os

princípios que regem o estado democrático de direito, como o é o Brasil. 3. O dano moral trata-se dos prejuízos causados pela conduta ilícita de um indivíduo que não repercutem na esfera patrimonial do lesado, mas tão somente em sua intimidade, honra e integridade psíquica. 4. A quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) é proporcional e razoável para reparar o constrangimento sofrido pela recorrida, de modo que também serve para desestimular e inibir que tais condutas tornem-se corriqueiras. 5. Apelação cível conhecida e não provida. Sentença mantida. (TJ-CE; APL 793575-79.2000.8.06.0001/1; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Francisco Barbosa Filho; DJCE 19/08/2011; Pág. 68) 11. Repetição de Indébito - como não existe nos autos qualquer prova do pagamento por parte do consumidor, do valor apurado unilateralmente, o que me conduz a rejeitar tal pleito. 12. Fixação - Consta dos autos que a apelada é comerciante, mas não há notícia sobre sua vida social. A culpa da agravante é de média intensidade o que por si só já autoriza o abrandamento do valor a ser fixado, embora seja presumivelmente favoráveis as suas condições financeiras. 13. Recurso conhecido e parcialmente provido para: a) declarar a nulidade Termo de Ocorrência de Irregularidades; b) excluir a condenação referente ao pagamento de repetição de indébito; c) reduzir o valor da condenação a concessionária para R\$ 5.000,00(cinco mil reais) a título de danos morais, valor proporcional aos danos suportados pela apelada e a conduta ilegal e arbitrária da apelante, devendo incidir os juros a partir da citação e a correção monetária da época do arbitramento, nos termos da súmula 362 do STJ. (TJ/Ce, Apelação 2315957200580600000, Órgão julgador: 1ª Câmara Cível, Relator(a): EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE, Data de registro: 13/06/2012)

Ementa: PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. FRAUDE MEDIDOR. APURAÇÃO UNILATERAL. SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. Realizado vistoria no medidor da apelada, constatou-se a utilização de KWH supostamente inferior ao utilizado. Daí, surgiu a discussão sobre a regularidade ou não do consumo, sendo este o ponto central da questão. 2. **A lavratura do Termo de Ocorrência de Irregularidades (TOI) apontou**

as seguintes anormalidades: rompimentos dos selos; do medidor, do bloco do medidor e do quadro de medição. 3. A Resolução 456/2000 da ANEEL, disciplina que a concessionária deverá "informar, com antecedência mínima de 03(três) dias úteis, a data fixada para a realização da aferição, de modo a possibilitar ao consumidor o acompanhamento do serviço". (art. 38,§1º) 4. Este dever, como visto, de informar, em função da Resolução retrocitada, não foi observado, pelo menos não há prova, nos autos, a respeito. E mais ainda, não consta, quando também devia, qualquer documento que aponte a existência de solicitação de serviço de perícia técnica a ser realizada por órgão competente, como prevê o item II, do artigo 72 da mesma resolução. 5. Estes descumprimentos malferiram, por certo, a validade e eficácia do Termo de Ocorrência de Irregularidades (TOI), uma vez que, pela simples leitura dos artigos e resolução, referidas, é fácil concluir que o pautado termo não constitui prova suficiente capaz de comprovar presença de fraude. 6. A lesão ao direito do contraditório e da ampla defesa, indicados no item anterior, provoca, inevitavelmente a nulidade da cobrança e vicia o ato que resultou no corte de fornecimento de energia elétrica, sobretudo quando de sua ocorrência já haviam sido intimados da liminar concedida e contestado a ação. 7. Nesta mesma direção tem decidido o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e este Tribunal, nos processos: Agravo Regimental no Ag nº 1349082/RO, Recurso Especial nº1117542/RS e Apelação Cível nº 37450022200080600011, de relatoria dos Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e o Desembargador Antônio Abelardo Benevides, respectivamente. 8. Recurso conhecido e improvido. Sentença confirmada. (TJ/Ce, Apelação cível 2330683200580600000, Órgão julgador: 1ª Câmara Cível, Relator(a): EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE, Data de registro: 13/06/2012)

Apelação. Ação declaratória de inexistência de débito c.c. Obrigação de Não Fazer (Suspensão do Fornecimento de Energia Elétrica). Cobrança de débito decorrente da apuração de diferença oriunda de irregularidades na unidade de medição de consumo de energia elétrica. 1) **Fraude - Ônus da prova atribuído àquele que imputa a fraude - Termo de ocorrência de irregularidade (TOI) que não se presta a comprovar o alegado Documento produzido**

unilateralmente, sem a participação do consumidor, obstando sua defesa Assinatura do responsável pela unidade consumidora exarada no TOI, representativa apenas da ciência do ocorrido, não implicando concordância com o conteúdo do documento (parágrafo único do art. 368, do CPC) Ameaça de suspensão do fornecimento de energia elétrica que se constitui em meio coercitivo de cobrança Art. 6º, IV c.c 42, ambos do CDC - Impossibilidade de cobrança de débito oriundo de fraude não comprovada. 2) Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) - Fixação da verba honorária que se mostra em descompasso com a singeleza da causa e com o próprio valor a ela atribuído, R\$ 2.713,36 (dois mil, setecentos e treze reais e trinta e seis centavos) Redução, sopesados os critérios do § 4º, do artigo 20, do CPC, ao patamar de R\$ 800,00 (oitocentos reais). Apelo provido em parte.

(TJ/SP, APL: 00191465720118260223 SP 0019146-57.2011.8.26.0223, Relator: Clarice Salles de Carvalho Rosa, Data de Julgamento: 20/03/2014, 11ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/03/2014)

1. Apuração de irregularidades na medição de energia. Perícia técnica não realizada. Inadmissibilidade. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa configurada. 2. Prejuízo à concessionária decorrente da irregularidade na medição do consumo. Impossibilidade de coação por via da suspensão do fornecimento de energia elétrica, serviço essencial e contínuo. Dano a ser reparado por eventual ação indenizatória, como compete a qualquer credor, incabível privilégio de qualquer espécie à monopolista concessionária de serviço público essencial. Sentença mantida. Apelo improvido. (TJ/SP, APL: 00054698920088260602 SP 0005469-89.2008.8.26.0602, Relator: Soares Levada, Data de Julgamento: 20/05/2013, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/05/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. APURAÇÃO DE IRREGULARIDADE. FRAUDE NO MEDIDOR. COBRANÇA DE VALORES PRETÉRITOS. VALOR RELATIVO AOS DANOS NO EQUIPAMENTO DE MEDIÇÃO. NÃO CABIMENTO. DEVIDO PROCESSO

LEGAL. NÃO OBSERVÂNCIA.

Constatada a ausência de oportunidade para o usuário acompanhar a realização do procedimento administrativo no medidor de energia elétrica, supostamente violado, não subsiste a cobrança unilateral do refaturamento, aí compreendido o valor relativo aos danos no equipamento de mediação. Evidente afronta ao contraditório e a ampla defesa. v.v. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - ANULATÓRIA DE DÉBITO - ENERGIA ELÉTRICA - MEDIDOR ADULTERADO - PROCEDIMENTO DE REVISÃO DE CONSUMO. A constituição de débito em acerto de consumo de energia não faturada, em razão de irregularidade no aparelho de medição, é legítima quando baseada na carga instalada no momento da constatação da irregularidade.

(TJ/MG, AC: 10024096404876001 MG , Relator: Oliveira Firmo, Data de Julgamento: 16/07/2013, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/07/2013)

Ainda, destaco que a ANEEL, atenta a essa vulnerabilidade do consumidor em relação às concessionárias de energia elétrica e diante da constatação da corrente adulteração dos medidores por aproveitadores, ou mesmo vândalos, e visando a evitar abusos por parte destas publicou a Súmula nº 011/2009 aplicável ao caso em tela, com o seguinte conteúdo:

O rompimento, manipulação ou ausência dos selos do medidor de energia elétrica, por si só e na inexistência de outros elementos probatórios aptos a comprovar a irregularidade, não autorizam a cobrança de recuperação de consumo prevista no inciso IV do art. 72 da Resolução ANEEL nº 456/2000, mesmo quando associados a uma queda de consumo, devendo-se proceder apenas a cobrança do custo administrativo adicional, nos termos do art. 36, parágrafo único da supracitada Resolução.

No mesmo sentido é o conteúdo da Súmula nº 006/2007 publicada anteriormente pela ANEEL:

A penalidade prevista no art. 73 da Resolução ANEEL nº 456, de 29 de novembro de 2000, não poderá ser aplicada nos casos de medição externa, salvo a existência de

prova inequívoca da autoria da fraude, por parte do consumidor.

A Súmula nº 19 da ARCE dispõe que:

Será considerada procedente a reclamação relativa a cobrança de consumos faturados a menor em função de irregularidades na medição (Termo de Ocorrência) em que a concessionária alegar que os selos encontrados nos seus equipamentos não pertence a ela e **não seja provado que a adulteração tenha sido cometida pelo consumidor.**

Por todo o exposto, não há que se imputar à recorrida o débito oriundo de fraude que não restou comprovada a sua autoria.

Quanto aos honorários advocatícios, tenho que as partes apresentam-se como vencedora e vencida na demanda, devendo ser aplicado o que determina o art. 21 do CPC, que assim determina

Art. 21 do CPC - Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

Na mesma linha, a Súmula 306 do STJ: "*Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte*".

Assim, caracterizada a sucumbência recíproca, devem os honorários advocatícios serem compensados entre as partes.

ISSO POSTO, conheço o Agravo Retido, mas para negar-lhe provimento. Recurso de Apelação também conhecido, mas para dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença impugnada apenas para afastar a condenação da empresa recorrente nos honorários de sucumbência, tendo em vista a sucumbência recíproca.

É como voto.

Fortaleza/Ce, 28 de julho de 2014.

PROCESSO Nº 0010566-85.2008.8.06.0001 – APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA: FORTALEZA

APELANTE: FIBERJET TRATAMENTOS TERMO ACÚSTICO LTDA

APELADO: ATRIUM EVENTOS TURÍSTICOS E ENTRETENIMENTO
LTDA

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: Des. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE NULIDADE DA EXECUÇÃO. APELAÇÃO. PROVIMENTO. VALIDADE DA EXECUÇÃO QUANTO ÀS DUPLICATAS PROTESTADAS.

1. A duplicata sem aceite, desde que protestada e acompanhada da prova de entrega da mercadoria ou da prestação do serviço, constitui documento apto a aparelhar a ação executiva da dívida ali representada.

2. Por possuir natureza jurídica de ação constitutiva-negativa, vez que têm o escopo de desconstituir a execução ou a eficácia do título executivo, aplica-se à ação de embargos a execução o disposto no art. 20, § 4º do CPC.

3. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 16 de março de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por FIBERJET TRATAMENTOS TERMO ACÚSTICO LTDA, impugnando a sentença proferida pelo Juiz da 10ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que, nos autos dos Embargos à Execução nº 10566-85.2008.8.06.0001, em que figura como embargante ATRIUM EVENTOS TURÍSTICOS E ENTRETENIMENTO LTDA, julgou procedente o pedido inicial, para decretar a nulidade da execução proposta pela embargada, com fundamento nos arts. 585 e 618 do Código de Processo Civil e no art. 15, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 5.474/68.

A apelante ajuizou ação de execução de título extrajudicial em face da recorrida, aparelhada nas duplicatas de serviço nºs 2012-A, 2012-B, 2012-C, 2167-A, 2167-B e 2167-C, as três primeiras no valor individual de R\$ 20.029,00 e as três últimas no valor individual de R\$ 22.279,00, com vencimentos em 24/04/2006, 24/05/2006 e 24/06/2006, no total de R\$ 126.924,00 (cento e vinte e seis mil novecentos e vinte e quatro reais).

Regularmente citada, a recorrida apresentou embargos do devedor, aduzindo a nulidade da execução, por ausência de prova da prestação dos serviços de que tratam as duplicatas que aparelham a inicial da ação executiva, além da inexigibilidade dos títulos e da nulidade da penhora efetuada sobre bens dos sócios, sem que para tanto tenha sido desconsiderada sua personalidade jurídica.

Na impugnação aos embargos, a apelante afirma que a prova constante nos autos da prestação dos serviços e da entrega da mercadoria supre a ausência de aceite e que a desconsideração da personalidade jurídica tem aplicação quando não são encontrados bens de sociedade empresária devedora.

O pedido de declaração de nulidade da execução foi julgado procedente e considerados prejudicados os *“demais pleitos formulados pelo embargado”*.

A exequente apelou da sentença.

Consta das razões recursais que a sentença deve ser reformada porque duas das duplicatas que aparelham a execução embargada foram protestadas e há nos autos prova de que os serviços a que ambas se referem foram efetivamente prestados.

Houve resposta ao recurso.

É, no essencial, o que havia a relatar.

À doutra revisão.

Fortaleza, 5 de março de 2015.

VOTO

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade recursal, conheço da apelação.

Consoante noticiado no relatório, FIBERJET TRATAMENTOS TERMO ACÚSTICO LTDA recorre da sentença proferida pelo Juiz da 10ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos dos Embargos à Execução 10566-85.2008.8.06.0001, julgou procedente o pedido inicial, para decretar a nulidade da execução proposta pela embargada.

O pedido de tutela recursal formulado nos autos consiste em que seja reformada a sentença, para que a execução tenha curso em relação às duas duplicatas que foram protestadas, por haver nos autos prova de que os serviços a que se referem foram efetivamente prestados.

Ao exame do conteúdo de prova existente nos autos, observo que a duplicata nº 2012-A, no valor de R\$ 20.029,00, e a duplicata nº 2167-A, no valor de R\$ 22.279,00, ambas com vencimento em 24 de abril de 2006, foram protestadas em 19 de maio de 2006 (fl 34, 36, 54, 56 e 58).

Constato, ainda, que as Faturas nº 2167 e 2012, emitidas pela Fiberjet Tratamentos Termo Acústicos Ltda, em 19 de abril de 2006, nos valores de R\$ 60.087,00 e R\$ 66.837,00, respectivamente, das quais foram extraídas as seis duplicatas que aparelham a execução embargada, dão a conhecer que a entrega dos respectivos serviços/mercadorias efetivamente ocorreu em 27 de abril de 2006 (fl 30 e 32).

Ora, a Lei nº 5474/68 dispõe expressamente, *verbis*:

Art. 15 - A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil ,quando se tratar:

II - de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente:

a) haja sido protestada;

b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e

c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta Lei.

Consoante resulta da própria textualidade da lei de regência, a duplicata não aceita, desde que tenha sido protestada e esteja acompanhada da prova da entrega da mercadoria ou da prestação do serviço, como ocorre na hipótese ora em análise, viabiliza o acesso à execução judicial, por configurar título executivo extrajudicial, nos termos do art. 585, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;

O Superior Tribunal de Justiça não hesita quanto a essa compreensão. Confira-se:

PROCESSO CIVIL. DIREITO CAMBIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DUPLICATA. NÃO OCORRÊNCIA DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DESPESAS CARTORÁRIAS. INCLUSÃO NO MONTANTE EXEQUENDO. ART. 19 DA LEI 9.492/97.

1. A duplicata sem aceite, desde que devidamente protestada e acompanhada do comprovante de entrega da mercadoria, é instrumento hábil a embasar a

execução (art. 15, II, da Lei 5.494/68 combinado com arts. 583 e 585, I, do CPC).

2. É ônus da embargante a prova de fato constitutivo de seu direito, qual seja, o de que a mercadoria não lhe foi entregue adequadamente e que a assinatura constante do canhoto da duplicata pertence à pessoa estranha aos seus quadros, haja vista a presunção legal de legitimidade que emana do título executivo (arts. 333, I combinado com 334, IV, do CPC).

3. As despesas cartorárias encontram-se insertas no montante exequendo, nos termos do art. 19 da Lei do Protesto (Lei 9.294/97).

4. Recurso especial não provido.

Recurso Especial nº 844.191, Rel Min Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Unânime, DJ 14.06.2011

AGRAVO REGIMENTAL - EMBARGOS DO DEVEDOR - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DO DEVEDOR.

1. A duplicata sem aceite, desde que devidamente protestada e acompanhada do comprovante de entrega da mercadoria, é instrumento hábil a embasar a execução (art. 15, II, da Lei 5.494/68 combinado com arts. 583 e 585, I, do CPC). Incidência do óbice da súmula 7/STJ. Tribunal local que entendeu, com base no acervo fático e probatório, que o título foi protestado e está devidamente acompanhado dos comprovantes de entrega das mercadorias. Impossibilidade de reenframentamento do acervo fático e probatório dos autos.

2. Agravo regimental não provido.

Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.102.206, Rel Min Marco Buzzi, Quarta Turma, Unânime, DJ 30.08.2013

Conclui-se, portanto, que a execução proposta pela apelante no juízo de origem deve ter curso quanto à dívida representada pela duplicata nº 2012-A, no valor de R\$ 20.029,00, e pela duplicata nº 2167-A, no valor de R\$ 22.279,00, por materializarem obrigação de pagar a quantia líquida, certa e exigível de R\$ 42.308,00 (quarenta e dois mil trezentos e oito reais).

De acordo com a sentença proferida nos embargos, declarando nula a execução da dívida de R\$ 126.924,00 (cento e vinte e seis mil, novecentos e vinte e quatro reais), restou configurada a sucumbência

integral e, por tal razão, houve a condenação da “parte embargada ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa” (fl. 160).

Com o provimento da apelação ora em análise, sobreveio situação de sucumbência parcial da recorrente, pois a execução embargada terá sequência no valor de R\$ 42.308,00 (quarenta e dois mil trezentos e oito reais), correspondente a um terço do total da dívida objeto da execução proposta, razão pela qual os honorários advocatícios devem ser arbitrados mediante apreciação equitativa, na forma do art. 20, § 4º, do CPC, o que faço para condenar apelante e apelada a pagá-los nos valores de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e R\$ 1.000,00 (mil reais), respectivamente, admitida a compensação.

É como tem decidido o STJ acerca dessa matéria.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE RECURSAL E DA ECONOMIA. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. APRECIÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ. ART. 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. Os princípios da fungibilidade recursal e da economia processual autorizam o recebimento de embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que os honorários advocatícios em embargos à execução são cabíveis com base na apreciação equitativa do juiz, na forma prevista no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, haja vista que essa ação não possui natureza condenatória, mas caráter constitutivo-negativo.

3. Agravo regimental não provido.

Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.141.554, Rel Min Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Unânime, DJe 30/09/2014

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS

PROCEDENTES. APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º, DO CPC. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. NÃO CABIMENTO. SÚMULA N. 7/STJ.

1. Em homenagem aos princípios da economia processual e da fungibilidade, devem ser recebidos como agravo regimental os embargos de declaração que contenham exclusivo intuito infringente.

2. Não possuindo natureza condenatória, a ação de embargos à execução possui caráter constitutivo-negativo, por visar a desconstituição da execução ou eficácia do título executivo, razão pela qual os honorários advocatícios devem ser fixados com observância ao art. 20, § 4º, do CPC.

3. A revisão dos honorários, no âmbito do recurso especial, quando fixada com base nos critérios de equidade previstos no art. 20, § 4º, do CPC, restringe-se aos casos em que os valores forem excessivos ou irrisórios, sob pena de incidência da Súmula 7/STJ, o que não é o caso dos autos.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.

Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 683.251, Rel Min maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Unânime, DJe 07/12/2012

Ante o exposto, conheço da apelação, para dar-lhe provimento, declarando a validade da execução em relação às duplicatas nº 2012-A e 2167-A, para o fim de que a atividade executiva em juízo tenha curso quanto à dívida exequenda de R\$ 42.308,00 (quarenta e dois mil, trezentos e oito reais), e condenando apelante e apelada a pagar honorários advocatícios sucumbenciais nos valores de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e R\$ 1.000,00 (mil reais), respectivamente, admitida a compensação.

É como voto.

Fortaleza, 16 de março de 2015.

PROCESSO: 0118508-45.2009.8.06.0001 - REEXAME NECESSÁRIO
AUTOR: MARÍLIA GABRIELA FONTENELE PEREIRA
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 14ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALRÉUS: PRESIDENTE DA COMISSÃO EXECUTIVA DO VESTIBULAR DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ - CCV/UECE E REITOR DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
RELATOR: DES. JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA

EMENTA: CONSTITUCIONAL MANDADO DE SEGURANÇA. UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ. VESTIBULAR. ISENÇÃO DE TAXA. ATIVIDADE FIM. VEDAÇÃO DE COBRANÇA. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO STF. REEXAME DESPROVIDO. SENTENÇA EFICAZ.

1. Reexame necessário da sentença prolatada em Mandado de Segurança que isentou a impetrante do pagamento da taxa cobrada para o processo seletivo de ingresso na Universidade Estadual do Ceará.

2. O direito ao ensino público gratuito constitui garantia Constitucional à educação, livre de cobrança de qualquer taxa, mormente se o ato praticado pela Universidade oficial se insere como atividade-fim da instituição.

3. O mesmo raciocínio utilizado na elaboração do Verbete Vinculante nº 12, que isenta o estudante de pagamento de matrícula no ensino oficial, deve ser observado nas hipóteses de cobrança de taxa para inscrição de processo seletivo seriado em Universidade Pública. Precedente do STF. REEXAME DESPROVIDO. SENTENÇA EFICAZ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Reexame Necessário nº 0118508-45.2009.8.06.0001, em que figuram as partes acima indicadas, ACORDA a 8ª Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO à remessa oficial para conferir eficácia à sentença, de acordo com o voto do relator.

Fortaleza, 14 de abril de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário para apreciação da sentença prolatada em sede de Mandado de Segurança impetrada por Marília Gabriela Fontenele Pereira contra ato considerado abusivo do Presidente da Comissão Executiva do Vestibular da Universidade Estadual do Ceará (CEV-UECE).

Quanto aos fatos, Marília Gabriela Fontenele Pereira realizou inscrição para exame de seleção em vestibular da Universidade Estadual do Ceará, mas alega que teve recusada sua inclusão pela ausência do pagamento inicial do pleito.

A impetrante assevera sua hipossuficiência financeira, comprovada pelo cadastro único de programas sociais do governo federal, do qual faz parte pela matrícula NIS 12361995753-01, condição que, em sua visão, a qualifica para isenção da taxa de inscrição nos termos do edital emitido para o certame.

O órgão impetrado apresentou informações, pelas quais considera que apenas cumpriu determinações editalícias, asseverando ainda a execução da liminar na forma prolatada. - fls. 39/40.

A sentença examinada, considerando a previsão constitucional sobre a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais e a destinação de recursos do Estado para o custeio da educação, conforme determinado nos artigos 206, IV, e 212, ambos da Constituição Federal, concedeu a segurança pleiteada para isentar a impetrante do pagamento da inscrição do vestibular – fls. 47/49.

Não foi interposto recurso contra a decisão – certidão fl. 52.

Cumpridas as formalidades, subiram os autos a esta Corte.

Parecer da douta PGJ, através da nobre Procuradora Suzanne Pompeu Sampaio Saraiva, opinando pela cabimento e provimento do reexame necessário para reformar a sentença de primeiro grau denegando a segurança – fls. 66/71.

É, em síntese, o relatório.

À douta Revisão.

Fortaleza, 4 de abril de 2015.

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar que encontram-se presentes os requisitos necessários ao reexame, quanto aos pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, devendo, assim, ser conhecido.

Como relatado, trata-se de reexame da sentença prolatada em sede de Mandado de Segurança que isentou a impetrante do pagamento da inscrição de Vestibular da UECE.

A sentença julgou procedente o pedido considerando determinações constitucionais sobre a gratuidade do ensino em estabelecimento oficiais e sobre a destinação de recursos do Estado para efetivar o custeio da educação.

Neste tocante, a decisão reflete sua justeza, demonstrando que o exame da causa foi realizado sob cognição plena e exauriente, de acordo com a jurisprudência firmada sobre a matéria em foco, deslindando a demanda com esteio na melhor doutrina.

A princípio, destaco a posição da eminente Procuradora de Justiça em seu elaborado parecer, quando opina pela denegação da segurança, considerando as regras editalícias descumpridas pela impetrante para efetivar a isenção pretendida.

Para tanto, a nobre Procuradora assevera a impropriedade da fundamentação do pedido com base no Decreto nº 6.593/2008, vez que se trata de regramento a ser aplicado exclusivamente em concursos públicos federais na esfera do Poder Executivo, sendo incabível a extensão de seus

efeitos a processos seletivos estaduais sob pena de ferimento ao princípio da autonomia dos entes federativos.

Contudo, o que se observa é que a menção feita ao Decreto referido visa apenas comprovar a hipossuficiência financeira da impetrante, porquanto faz parte do cadastro único de programas sociais do governo federal, amparado pelo citado Decreto, sob a matrícula nº NIS 12361995753-01.

Ou seja, a fundamentação do pedido se prende à necessidade financeira da impetrante, que pretendeu comprovar com a inscrição no programa federal abrangido pelo Decreto.

Observe-se que a sentença, acatando a alegação da impetrante quanto à sua hipossuficiência econômica, se baseou em preceitos constitucionais que obrigam a destinação de recursos ao desenvolvimento da educação e determinam a gratuidade do ensino ministrado em estabelecimentos públicos, o que sequer foi mencionado no parecer.

A questão, na forma abordada, não se limita a mero descumprimento do que consta no edital, mas se as regras ali dispostas se adequam às disposições constitucionais.

Com efeito, tal situação não é inovadora no âmbito jurídico, porquanto já apreciada em diversos tribunais, mormente a Corte Suprema, em relação à taxa cobrada por estabelecimento público para efetivação da matrícula, conforme se extrai dos julgados adiante.

“(…) a gratuidade de ensino público em estabelecimentos oficiais, conforme se lê no caput do art. 206, IV, configura um princípio. Um princípio que não encontra qualquer limitação, no tocante aos distintos graus de formação acadêmica. (...) O que não se mostra factível, do ponto de vista constitucional, é que as universidades públicas, integralmente mantidas pelo Estado, criem obstáculos de natureza financeira para o acesso dos estudantes aos cursos que ministram, ainda que de pequena expressão econômica, a pretexto de subsidiar alunos carentes, como ocorre no caso dos autos. (...) Não se figura razoável, ademais, que se cobre uma taxa de matrícula dos estudantes das universidades públicas, em especial das federais, visto que a Constituição, no art. 212, determina à União, que aplique, anualmente, nunca menos de 18% da receita resultante de

impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”
(RE 500.171, Relator Ministro Ricardo Lewandowski,
Tribunal Pleno, julgamento em 13.8.2008, DJe de
24.10.2008.)

“Ementa: (...) O Plenário deste Tribunal fixou entendimento no sentido de que a exigência da cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no artigo 206, IV, da Constituição do Brasil [Súmula Vinculante n. 12]. (...)”

(AI 672.123 AgR, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgamento em 1.12.2009, DJe de 18.12.2009.)

No mesmo sentido: RE 581.669, Relator Ministro Dias Toffoli, Decisão Monocrática, DJe de 6.3.2013; RE 543.150, Ministro Dias Toffoli, Decisão Monocrática, DJe de 26.8.2011.

“Ementa: (...) II - Modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de matrícula nas universidades públicas a partir da edição da Súmula Vinculante 12, ressalvado o direito daqueles que já haviam ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico. (...)”
(RE 500.171 ED, Relator Ministro Ricardo Lewandowski,
Tribunal Pleno, julgamento em 16.3.2011, DJe de 3.6.2011.)

“4. Cumpre mencionar que, em 16.3.2011, este Supremo Tribunal, por maioria, acolheu os embargos de declaração opostos no Recurso Extraordinário n. 500.171, para atribuir efeitos ex nunc à declaração de inconstitucionalidade da cobrança da taxa em debate. (...) Decidiu-se, também, que seriam resguardados os direitos dos estudantes que tivessem ingressado individualmente em juízo para pleitear o seu ressarcimento, não sendo autorizada, apenas, a devolução em massa pelas universidades públicas.”

(RE 563.386 AgR, Relatora Ministra Carmen Lúcia, Primeira Turma, julgamento em 14.6.2011, DJe de 1.7.2011.)

Cumprе ressaltar que as diversas decisões da Suprema Corte acerca da taxa de matrícula pretendida pelas instituições públicas, levaram à emissão da Súmula Vinculante nº 12, que expressa o seguinte:

“A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.”

A partir de tal entendimento, pertinente a adoção do mesmo raciocínio em relação à taxa de inscrição para o vestibular, porquanto o processo seletivo universitário deve ser enquadrado como atividade-fim da instituição, o que veda, em termos constitucionais, a cobrança de qualquer taxa para efetivar sua atuação. Nesse sentido:

“4. Tenho que a insurgência não merece acolhida. Isso porque, conforme consta do parecer proferido pelo ministério público federal, a educação é um direito de todos e dever do Estado, não tendo a Constituição Republicana se restringido a gratuidade do ensino público apenas ao nível fundamental. Leia-se o seguinte trecho do referido parecer: '(...) embora promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, não se autoriza, ao estabelecimento de ensino público, a cobrança pela prestação de serviço vinculado à sua atividade fim, pois, entre as várias competências privativas da União, infere-se do artigo 22, inciso XXIV, da Carta Magna, que o acesso ao processo de desenvolvimento intelectual tem importância estratégica para a existência do Estado. Logo, não pode ser totalmente entregue à iniciativa privada ou ofertado, exclusivamente, aos mais abastados. (...). De outro modo, ainda que as razões acima não sejam suficientes para dirimir a *quaestio iuris*, a autonomia da Universidade, prevista no artigo 207 da Lei Suprema, não pode ser interpretada como independência e, muito menos soberania, pois está jungida aos lindes da legalidade e constitucionalidade, restando, assim, indevida a cobrança de mensalidade, taxa ou qualquer instrumento remuneratório que não esteja disciplinado pela União'. 5. Para arrematar, invoco a Súmula Vinculante 12, que trata do tema da gratuidade do ensino público em sentido amplo, a afastar a incidência de quaisquer cobranças, ainda que vinculadas mediatamente à regra constitucional posta no inciso IV do art. 206 da Constituição Federal (...).” (RE 571.660, Relator Ministro Ayres Britto, Decisão Monocrática, julgamento em 17.10.2011, DJe de 4.11.2011.)

Ainda partindo dos julgados da Suprema Corte, merece destaque decisão emitida pelo eminente Ministro Marco Aurélio, em sintonia com a vedação disposta na Súmula vinculante nº 12, quanto à vedação da taxa de inscrição para o processo seletivo de ingresso em universidade pública, como adiante:

“Ementa: Taxa de inscrição em processo seletivo seriado - Ingresso no ensino superior - Universidade pública - Artigo 206, inciso IV, da Constituição Federal. O mesmo raciocínio utilizado na elaboração do Verbete Vinculante nº 12 deve ser observado nas hipóteses de cobrança de taxa para inscrição de processo seletivo seriado em Universidade Pública, considerada a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.”

(AI 748.944 AgR, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgamento em 5.8.2014, DJe de 26.8.2014.)

No presente caso, considerando a atividade-fim da Universidade Estadual do Ceará, que inclui o processo seletivo para seu ingresso, se impõe a vedação da cobrança de qualquer taxa que vincule sua atuação como instituição pública de ensino, nos termos do artigo 206, IV, da Constituição Federal, observado ainda o que contém o artigo 212 do mesmo diploma legal, que prevê a destinação de recurso para a efetivação de seu mister.

Nesse sentido, deve ser salientado julgamento do Tribunal Regional Federal, que expressa o seguinte:

“A liminar que proíbe a cobrança de taxa de inscrição do vestibular não acarreta grave lesão à ordem administrativa da Universidade. A concessão sem audiência da autoridade impetrada, desde que devidamente fundamentada, não caracteriza grave lesão à ordem pública. A realização do exame vestibular encarta-se na chamada atividade fim da Universidade, não prosperando o argumento de que a Universidade deve contratar terceiro, por não ter condições de realizar seu vestibular. A não – execução da Medida liminar é que acarretaria grave lesão à ordem jurídica, pois deixaria de se cumprir as normas Constitucionais da garantia do ensino gratuito (art. 206, IV), a de que estipula a cobrança da taxa somente havendo lei que a defina, e a

de que não se pode assumir despesas sem a devida verba orçamentária (art. 167). Suspensão de segurança negada. Liminar mantida” (TRF; 5ª Região; Pleno; SS967/RN; Rel. P/ Acórdão Juiz Hugo Machado; DJ Seção II; 4.dez.199 *apud in* Constituição do Brasil Interpretada; Morais, Alexandre; 7ª ed.; São Paulo: Atlas; 2007; p. 2.134)

Se algum óbice existe às determinações constitucionais, este vem expresso no artigo 242 da própria Carta Magna, que assevera:

“O princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recurso público.”

Assim, o texto constitucional excepciona a incidência da gratuidade às universidades públicas preexistentes à sua promulgação, criadas por lei estadual ou municipal, desde que não sejam mantidas total ou preponderantemente com recursos públicos.

No presente caso, a Universidade Estadual do Ceará foi criada pela lei estadual nº 9.753/73 e expressa, no art. 27 de seu Estatuto, ser “... uma instituição estadual de ensino, de pesquisa e de extensão, mantida pela FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ - FUNECE, de duração ilimitada e reconhecida pelo Decreto Federal Nº79.172, de 26 de janeiro de 1977.”

A FUNECE, mantenedora da UECE, por seu turno, é uma entidade da administração descentralizada do Estado do Ceará, sem fins lucrativos, com personalidade jurídica de direito público e duração por tempo indeterminado, estando vinculada à Secretaria da Ciência e Tecnologia do Estado do Ceará, cujo objetivo é “... assegurar infraestrutura, manutenção e condições para o pleno funcionamento da UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ-UECE e de suas unidades de Ensino, Pesquisa e Extensão, nos termos do disposto neste Estatuto, no Regimento Geral e nos Regimentos específicos, em tudo observado o que dispõe o art. 219 da Constituição do Estado do Ceará, de 05 de outubro de 1989”, conforme se extrai dos três primeiros artigos do mesmo estatuto.

Os arts. 197 e 198 do Regimento interno da UECE prevê sua manutenção com recursos financeiros da FUNECE, constituídos de acordo com o art. 16 do Estatuto.

O art. 16 do Estatuto indica que as receitas da FUNECE, destinadas exclusivamente à sua manutenção e à da UECE, de modo a assegurar o pleno e autônomo desenvolvimento das duas instituições, serão constituídas:

- “I - da parcela de que trata o art. 224, da Constituição do Estado do Ceará de 05 de outubro de 1989;
- II - do produto das demais dotações que lhe sejam destinadas no Orçamento Anual do Estado do Ceará;
- III - das contrapartidas e cooperações financeiras oriundas de convênios, acordos, ajustes e contratos, inclusive de empréstimos e financiamentos, celebrados com outras instituições ou entidades públicas ou privadas;
- IV - das receitas próprias, decorrentes de taxas, prestação de serviços, alienação de bens e venda de produtos comercializáveis;
- V - das ajudas, doações, legados e subvenções financeiras de qualquer origem lícita, que sejam aceitos por sua Administração Superior, na forma prevista neste Estatuto;
- VI - das parcelas provenientes do recebimento de royalties e de cessão de marcas e patentes.”

Por sua vez, o art. 224 da Constituição Estadual estabelece:

- “Art. 224. O Governo Estadual aplicará, mensalmente, nunca menos de um quinto da parcela a que se refere o art. 212 da Constituição Federal para despesas de capital do sistema de ensino superior público do Estado do Ceará, respeitada a proporcionalidade dos recursos repassados às universidades públicas estaduais nos últimos dois anos anteriores à promulgação desta Constituição.
Parágrafo único. Ficam as universidades públicas estaduais autorizadas, para fins de assegurar a autonomia da gestão financeira, a transferir e utilizar, na medida de suas necessidades, os recursos estabelecidos neste artigo, para despesas com material de consumo, serviços de terceiros e encargos, remuneração de serviços pessoais, outros serviços e encargos, diversas despesas de custeio, despesas de exercícios anteriores e vice-versa.”

O que se depreende das previsões legislativas acima mencionadas é a autonomia financeira da Universidade Estadual do Ceará, com a transferência de recursos à FUNECE, por dotação prevista na Constituição Estadual, demonstrando o caráter genuinamente público daquela universidade.

Observe-se ainda sua vinculação à Secretaria de Ciência e Tecnologia do Estado como órgão de administração direta descentralizada.

A constituição das receitas não inclui cobranças generalizadas para sua manutenção, porquanto as captações decorrentes de taxas, prestação de serviços, alienação de bens e venda de produtos comercializáveis (inciso IV do art. 16 do Estatuto), não me parecem suficientes a descaracterizar a preponderância dos recursos públicos que inviabilize a gratuidade do ensino, como exceção prevista no art. 242 da Carta Magna.

Portanto, considerando a natureza da instituição pública da Universidade Federal do Ceará e sua destinação para o ensino educacional como atividade-fim, entendo que deva ser mantida a sentença que isentou o pagamento da taxa do processo seletivo para seu ingresso, mercê ainda do posicionamento adotada pela Corte Suprema de Justiça.

Assim, pelo exposto, conheço do reexame necessário por seus requisitos, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO no sentido de conceder eficácia à sentença reexaminada quanto à concessão da segurança pleiteada para isentar a impetrante do pagamento da taxa relativa ao processo seletivo de ingresso na Universidade Estadual do Ceará.

É como voto.

Fortaleza, 14 de abril de 2015.

PROCESSO: 0121307.27.2010.8.06.0001

ORIGEM: 8ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA

APELANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA

APELADO: CARLOS PIMENTEL DE MATOS

RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM FACE DE QUEM NÃO ERA DEVEDOR. CADASTRO IMOBILIÁRIO EM DUPLICIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL. RESSARCIMENTO DEVIDO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO STJ.

1 - De ordinário, “o ajuizamento de execução fiscal para a cobrança de valor já quitado ou débito cuja inexistência deveria ser de conhecimento da Fazenda Pública por si só faz presumir a ocorrência de dano moral (*dano moral in re ipsa*). A caracterização do dano moral em casos que tais prescinde da prova da ocorrência de abalo psicológico” (REsp n. 1.139.492, Min. Mauro Campbell Marques; AgRgAg n. 1.163.571, Min. Eliana Calmon; AC n. 2011.004736-3, Des. Vanderlei Romer).

2 - No caso dos autos, observa-se que, embora o promovido afirme que o promovente não atualizou o ato de venda do imóvel perante a Secretaria da Finanças, percebe-se, pelo documento de fls. 24/25, que a causa da cobrança judicial foi um erro da Administração Pública, que gerou, em duplicidade, inscrição do referido imóvel no órgão fiscalizador, ocasionando uma cobrança indevida.

3 - O entendimento consolidado pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA é de que o indevido ajuizamento de execução fiscal pode ensejar reparação por danos morais. A esse respeito: REsp 1139492/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16/02/2011; AgRg no Ag 1.163571/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 03/05/2010; REsp 904.330/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 03/11/2008.

4 - Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2014

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação interposto ante a sentença que julgou procedente a ação de danos morais ajuizada por Carlos Pimentel de Matos em face do Município de Fortaleza.

Na inicial, o autor alegou que, em 22.07.1977, alienou um imóvel de sua propriedade à Imobiliária Jereissati S.A, situado na Rua São Francisco, nº 700, Aldeota, Fortaleza/CE, registrado no Cartório Imobiliário da 1ª Zona, matrícula nº 13.818, consoante documento anexo; que, passado o tempo, o demandado ajuizou execução fiscal sob o nº 2000.0087.3901-4, objetivando a cobrança de IPTU, do período de 1990 a 1995. Diante disso, fez sua defesa, ocasião em que o demandado reconheceu o erro cometido, gerando a extinção do processo sem julgamento de mérito. Menciona que, não obstante isso, os atos procedimentais praticados no processo de

execução supra indicado lhe causaram prejuízos na esfera moral, visto que o oficial de justiça se dirigiu à sua residência para penhorar seu veículo, causando-lhe constrangimentos perante as pessoas do condomínio em que reside, abalando, assim, sua honra e boa fama.

Por tudo, pediu indenização no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

A ação foi julgada procedente, às fls. 78/82, com base nas provas dos autos que revelariam que seria o caso de cobrança em duplicidade confessada.

Inconformado, o Município de Fortaleza ajuizou apelação às fls. 85/98, alegando, em resumo, que não há culpa ou negligência do Município, mas, do contribuinte que não informou a mudança de titularidade do imóvel a quem de direito, como é seu dever imposto por lei (arts. 9º a 16 da Consolidação da Legislação Tributária de Fortaleza Decreto 10.827).

Contrarrrazões às fls. 102/105.

Instado a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça dispôs, às fls. 114/117, não ter interesse em intervir na lide.

É o que importa relatar.

À revisão.

VOTO

O apelo merece conhecimento, pois atendeu aos pressupostos de admissibilidade recursal.

A questão versa sobre a responsabilidade civil do Município por ajuizamento de execução fiscal para cobrança de IPTU relativo a imóvel de que não era proprietário.

À luz do art. 186 do CC, pode-se dizer que são pressupostos da responsabilidade civil: dano, cabimento no âmbito de proteção de uma norma, fato gerador, nexo de causalidade e nexo de imputação.

A respeito, leciona FERNANDO NORONHA:

Podemos ordenar os pressupostos da responsabilidade civil de forma mais didática dizendo ser necessário, para que surja a obrigação de indenizar: a) que haja um fato (ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente

da vontade, ou ainda um fato da natureza) que seja antijurídico (isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas conseqüências); b) que esse fato possa ser imputado a alguém, seja por se dever à atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela; c) que tenha sido produzidos danos; d) que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta. A estes quatro pressupostos da responsabilidade civil, sobre os quais estão de acordo praticamente todos os juristas, deve-se acrescentar uma condição suplementar (e que, aliás, em rigor, precede todos eles): e) é preciso que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada à norma violada. Isto é, exige-se que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido.

(Direito das obrigações: volume 1 - fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 468-469).

A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Assim, não há falar em elemento subjetivo (dolo ou culpa), que, na responsabilidade objetiva por ação, é de somenos importância. Basta a comprovação do ato ilícito, dano e nexo de causalidade.

No caso dos autos, conforme observado pelo juízo *a quo*, observa-se que, embora o promovido afirme que o promovente não atualizou o ato de venda do imóvel perante a Secretaria da Finanças, percebe-se, pelo documento de fls. 24/25, que a causa da cobrança judicial foi um erro da Administração Pública, que gerou, em duplicidade, inscrição do referido imóvel no órgão fiscalizador, ocasionando uma cobrança indevida, consoante trecho abaixo transcrito:

“... analisando nosso arquivos, constatamos que o lançamento de IPTU através da inscrição 055107-4 é indevido, pois o mesmo está em duplicidade coma inscrição 055106-6 ...”

Com efeito, o entendimento consolidado pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA é de que o indevido ajuizamento de execução fiscal pode ensejar reparação por danos morais. A esse respeito: REsp 1139492/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16/02/2011; AgRg no Ag 1.163571/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 03/05/2010; REsp 904.330/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 03/11/2008.

À vista do exposto, voto pelo improvimento do recurso.

É como me posiciono.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2014.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0133841-95.2013.8.06.0001

ORIGEM: 3ª VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DE FORTALEZA

APELANTES: D P e J C A P

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATORA: DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA

ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – INFÂNCIA E JUVENTUDE – DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C ADOÇÃO – MITIGAÇÃO DA NECESSIDADE DE PRÉVIA INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE ADOTANTES PREVISTO NO ARTIGO 50 DO ECA PELAS SINGULARIDADES DA DEMANDA – VÍNCULO AFETIVO EVIDENTE ENTRE O MENOR E OS ADOTANTES – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA – OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL, CONSAGRADA PELO ARTIGO 227 DA CARTA MAGNA, E, ASSIMILADA PELO ARTIGO 4º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – APELO CONHECIDO E PROVIDO PARA CONCEDER A ADOÇÃO DO INFANTE AOS RECORRENTES E DECLARAR A CONSEQUENTE EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR DA MÃE BIOLÓGICA.

1 – A obrigatoriedade de inscrição no cadastro de adotantes pode ser afastada em situações excepcionais, pois deve prevalecer sempre o

melhor interesse da criança, sobre o tema, vale ressaltar, manifestou-se o Ministro Sidnei Beneti no REsp 1347228/SC: “A observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando já formado forte vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que no decorrer do processo judicial”.

2 – “A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro”. (Precedente STJ – REsp 1172067/MG).

3 – “O desatendimento à ordem da lista de espera para adoção é admissível em casos excepcionais, em que evidenciada ampla e duradoura relação de afetividade entre o menor e o pretense adotante, do que se cuida na espécie”. (Precedente TJCE - Agravo de Instrumento nº 0200011-23.2011.8.06.0000)

4 – Embora não se olvide que os promoventes não se inserem em qualquer das hipóteses previstas no parágrafo 13 do artigo 50 do ECA, tenho que o indeferimento da pretensão dos autores

simplesmente por não contarem com inscrição prévia no cadastro de adotantes ou inobservar a ordem da lista dos pretensos adotantes findaria por dar mais relevância aos interesses daqueles que constam naqueles cadastros do que ao interesse do menor.

5 – Não se está a afastar a importância das previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente, tampouco das inovações trazidas pela Lei nº 12.010/2009, é absolutamente necessária a observância dos critérios ali estabelecidos por aqueles que pretendem adotar, todavia, não se pode perder de vista as peculiaridades de cada caso, porquanto em um assunto sensível como o que ora é tratado se apegar ao formalismo exacerbado, cerrando os olhos para singularidades que os casos podem apresentar, pode trazer efeitos nefastos que a própria legislação se propõe a evitar, impondo soluções desnudadas da proteção integral que deve enroupar todo o sistema jurídico pertinente ao direito da infância e da juventude.

6 – É sob o manto da “Doutrina da Proteção Integral”, consagrada pelo artigo 227 da Carta Magna, e, assimilada pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que deve se pautar a atuação do julgador, embora não se possa considerar sua observância como um fim em si mesma, devendo calcar-se na promoção da pacificação social e da dignidade da pessoa humana.

7 – Apelação conhecida e provida para conceder a adoção do infante e declarar a consequente extinção do poder familiar da mãe biológica.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível ACORDAM os Desembargadores membros da Sexta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, para lhe dar provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação de Destituição do poder familiar c/c Adoção e pedido de tutela antecipada de guarda ajuizada por D P e J C A P em desfavor de J C B.

Aduzem os autores na inicial que: a) são casados desde 20 de fevereiro de 2004, e, residem na cidade de Limeira – SP; b) por questões fisiológicas (ovários policísticos), a requerente não pode gerar filhos biológicos, razão pela qual passou a nutrir o desejo de adotar uma criança; c) nas férias de dezembro de 2012/janeiro de 2013 veio à Fortaleza – CE para visitar amigas que residiam na cidade de Limeira – SP; d) por ocasião de uma festa, soube, através de uma senhora chamada “D”, de um bebê que estava para nascer e que a mãe biológica pretendia entregar a alguém conhecido; e) a demandante procurou a requerida, J C B, e, após contatar o marido/requerente concordaram em buscar a adoção do infante; f) a demandada vive em condições precárias, tendo de cuidar do pai e da irmã, ambos deficientes mentais, e, possui mais 4 (quatro) filhos, residindo com 3 (três), e, por conta da grave situação financeira, deu o último para adoção no Estado do Maranhão, onde residia; g) no dia 10 de janeiro de 2013 a requerida deu à luz o menor, F B, tendo no mesmo dia a promovente ido buscá-lo na maternidade, recebendo-o das mãos de sua genitora; h) nos dias seguintes viu o estado de saúde do infante se complicar, pois apresentava convulsões, vindo a saber após a realização de exames que a mãe biológica da criança fora diagnosticada com sífilis, doença que acometeu o infante, levando-o à internação em UTI neonatal, não tendo os requerentes medido esforços, físicos e financeiros, para preservar a vida da criança; i) felizmente

o menor teve alta em 15 de janeiro daquele ano, sendo constatada que além da sífilis, sofre da síndrome do colapso ventricular, necessitando do remédio Gardenal; j) independentemente dos problemas de saúde de F, os autores não se arrependem e o tem como se fosse seu filho biológico, desejando lhe proporcionar o necessário acompanhamento médico e afetivo; k) o menor, desde 10 de janeiro de 2013, já se encontra integrado à família dos promoventes, os quais o garantem acompanhamento médico, alimentação, vestuário, higiene e educação. Requerem a concessão de medida antecipatória de tutela no sentido de deferir a guarda provisória do menor aos requerentes, e, por fim, a procedência do pedido no sentido de deferir a destituição do poder familiar do menor F B, bem como a sua adoção pelos demandantes.

Através da decisão interlocutória de págs.92/94, restou deferida a guarda provisória do adotando aos promoventes.

Relatório psicossocial apresentado às págs.106/107.

Conforme termo de audiência de pág.177, foi realizada a oitiva da requerida, J C B, da testemunha D C M F e da irmã da promotente, N O S, como declarante.

Manifestou-se a representante do *Parquet* oficiante naquele Juízo às págs.308/311, no sentido de que fosse improvido o pleito autoral ante a ausência de previa habilitação dos promoventes à adoção e ainda o desrespeito à ordem da lista de adotantes.

Renovada a guarda provisória do infante em favor dos promoventes à pág.313.

A sentença *a quo*, pontuando a impossibilidade de se desconsiderar a ausência de inscrição prévia dos requerentes no cadastro de adotantes, julgou parcialmente procedente o pleito autoral no sentido de tornar definitiva a antecipação de tutela concedida, a fim de conferir a guarda do infante aos autores da demanda.

Irresignados, D P e J C A P propuseram Apelação Cível, reafirmando os fatos e fundamentos aduzidos na exordial e argumentando que: a) os autores preenchem todos os requisitos necessários à adoção do menor, tendo empreendido todos os esforços para suprir as necessidades da criança que possui um quadro clínico delicado em razão das enfermidades que o acometem desde o nascimento; b) a criança se encontra amparada

e integrada como filho ao convívio do casal e da família extensa; c) os autores são casados há mais de 10 (dez) anos, possuindo uma vida estável, capaz de garantir ao menor um ambiente familiar adequado; d) deve ser observado o princípio do melhor interesse da criança. Requerem, finalmente, o provimento do Apelo a fim de deferir a adoção do menor F B ao casal requerente.

Contrarrrazões às págs.386/390 pela representante do *Parquet* atuante na instância *a quo* pugnando pela reforma do julgado a fim de julgar improcedente o pleito autoral, tendo em vista a ausência de prévia habilitação à adoção e desrespeito à ordem da lista de adotantes, com supedâneo no art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, requerendo, ademais, a expedição de “mandado de busca e apreensão do Infante, para colocação do mesmo em família substituta, com a adoção do procedimento legal pertinente à espécie”.

Enviados os autos à Procuradoria Geral de Justiça, seguiu-se o Parecer (págs.434/446) opinando pelo deferimento do recurso apelatório, para que se efetive a adoção do menor pelos recorrentes, prestigiando-se o princípio do melhor interesse da criança.

É o breve relatório.

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, recebo o recurso.

Sem preliminares ou prejudiciais passo ao mérito recursal.

O cerne da discussão reside na perquirição acerca da possibilidade dos autores, sem inscrição no cadastro pertinente, adotarem o menor F B, fundando-se seu pleito na existência de vínculo afetivo a possibilitar a mitigação da regra que impõe a necessidade de inscrição no aludido cadastro.

No caso em apreço, revela-se muito claro para esta magistrada o conflito entre a norma posta e a realidade, cuja crueza e insensibilidade que por vezes se apresenta reclama do julgador, não ignorar, mas adequar os parâmetros estanques da fria letra da lei às nuances, particularidades e pormenores da vida.

Aqui, antes de qualquer outra análise, há de se atentar que estamos a tratar da vida de uma criança, vida esta que já antes do início, parecia fadada ao fim. O pai, dela sequer quis notícia, a mãe, acometida de sífilis, transmitiu-lhe a doença que, não fosse a intervenção dos autores garantindo-lhe tratamento médico, atenção e cuidado, certamente lhe teria tomado sua única posse: a própria vida, haja vista que a genitora, além de admitir que já perdera uma filha em razão da sífilis, diz em seu depoimento (colhido em mídia digital) que “já tinha dito para a dona Diana que queria dar a criança, que eu não tinha condições de criar (...) mais ainda porque ele nasceu com esse problema que eu não teria condições de criar ele”.

É cediço que a obrigatoriedade de inscrição no cadastro de adotantes pode ser afastada em situações excepcionais, pois deve prevalecer sempre o melhor interesse da criança, sobre o tema, vale ressaltar, manifestou-se o Ministro Sidnei Beneti no REsp 1347228/SC¹ : “A observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando já formado forte vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que no decorrer do processo judicial.”, seguindo a mesma linha de raciocínio adotada pelo Ministro Massami Uyeda no REsp 1172067/MG² : “A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. **Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro**”. (Grifo nosso)

1 REsp 1347228/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 20/11/2012

2 REsp 1172067/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 14/04/2010

A leitura do caderno processual, torna claro que os promoventes, efetivamente, agiram de forma irregular, é certo que inobservaram a prescrição legal, porquanto não providenciaram a prévia inscrição no cadastro de adotantes e todos os demais procedimentos que a norma de regência impõe àqueles que pretendem se habilitar à adoção, todavia, tal fato não é suficiente para desvanecer a evidente amplitude do laço afetivo que os atrela ao menor F B, porquanto dele cuidam desde o seu primeiro dia de vida, provendo-lhe o necessário suporte familiar, isto é, desde o dia 10 de janeiro de 2013, há mais de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses são os recorrentes que desempenham o papel de pais da criança, sendo, a meu sentir, para dizer o mínimo, absurdo pretender retirá-lo do seio da família que o acolhe e lançá-lo em uma instituição de acolhimento, a fim de, posteriormente, ser inserido em família substituta, como requereu a representante do *Parquet* oficiante na instância originária em suas contrarrazões (págs. 386/390), até porque malferiria o princípio do melhor interesse da criança, fundamento basilar do sistema protecionista do menor.

Nesse sentido, inclusive, manifestou-se a Ministra Nancy Andrighi por ocasião do julgamento do AgRg na MC 18.329/SC³ : “Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como o melhor interesse do infante”.

Outrossim, não se pode descurar que embora, como já dito, tenha o procedimento adotado pelos recorrentes sido irregular, contaram com a chancela do Judiciário para desempenhar a guarda provisória do infante por todo esse tempo, mais de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses, haja vista que mantiveram o menor sob seus cuidados munidos da guarda provisória (págs.92/94) deferida pela magistrada primeva, decisão, a meu ver prudente e efetivada em sintonia com os interesses da criança, consoante denota o trecho da manifestação da julgadora exarada às págs.111/113 que destaco a seguir:

3 AgRg na MC 18.329/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 28/11/2011

Quando do deferimento da liminar de guarda provisória, esta magistrada observou entre a documentação acostada, exames laboratoriais e atestado médico asseverando o estado de saúde da criança, acometida por sífilis, necessitando de tratamento médico à base de antibióticos, a fim de evitar, inclusive, que perdesse a audição, além da enfermidade neurológica conhecida por síndrome de colapso ventricular, bem como lhe foi prescrito a medicação gardenal para evitar convulsões e recomendações médicas de acompanhamento por neurocirurgião.

Dá-se, que por aqueles dias, a instituição de acolhimento “Tia Júlia”, que recebe crianças recém-nascidas, encontrava-se, segundo documento datado de 17/12/2012, que ora determino sua juntada aos autos, com sua capacidade máxima de atendimento, excedida em onze crianças, encontrando-se sem “condições de admitir mais nenhuma criança neste momento”. Outra instituição de acolhimento, a “Casa Abrigo”, ao ser consultada via telefone, dizia-se impossibilitada de acolher mais crianças em razão de surto de 'catapora'. A terceira instituição, “Casa de Jeremias”, quando consultada sobre a possibilidade de receber mais um recém-nascido, informou que não receberia nenhuma criança, uma vez que estava lotada, sem berço e havia perdido duas funcionárias, consoante informações dadas pela pessoa “S”, via telefone.

Ressalte-se o delicado estado de saúde da criança necessitando de tratamento urgente. [...]

Dessarte, revela a aludida manifestação que foi, não apenas necessária, mas fundamental a intervenção dos requerentes no acolhimento da criança, haja vista que sequer as instituições públicas tinham condições de ampará-la naquela ocasião, não se podendo agora ignorar as consequências e repercussões do fato, para os promoventes e principalmente para o infante, notadamente o vínculo afetivo construído nesse ínterim, somando-se a isso a inexistência de qualquer fator que desabone a conduta dos requerentes ou que lhes retire a possibilidade de adotar a criança.

No presente caso, embora não se olvide que os promoventes não se inserem em qualquer das hipóteses previstas no parágrafo 13⁴ do

4 Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

artigo 50 do ECA, tenho que o indeferimento da pretensão dos autores simplesmente por não contarem com inscrição prévia no cadastro de adotantes ou inobservar a ordem da lista dos pretensos adotantes findaria por dar mais relevância aos interesses daqueles que constam naqueles cadastros do que ao interesse do menor.

Urge, contudo, ponderar que não se está aqui a afastar a importância das previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente, tampouco das inovações trazidas pela Lei nº 12.010/2009, é absolutamente necessária a observância dos critérios ali estabelecidos por aqueles que pretendem adotar, todavia, não se pode perder de vista as peculiaridades de cada caso, porquanto em um assunto sensível como o que ora é tratado se apegar ao formalismo exacerbado, cerrando os olhos para singularidades que os casos podem apresentar, pode trazer efeitos nefastos que a própria legislação se propõe a evitar, impondo soluções desnudadas da proteção integral que deve enroupar todo o sistema jurídico pertinente ao direito da infância e da juventude.

É sob o manto da “Doutrina da Proteção Integral”, consagrada pelo artigo 227 da Carta Magna, e, assimilada pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que deve se pautar a atuação do julgador, embora não se possa considerar sua observância como um fim em si mesma, devendo calcar-se na promoção da pacificação social e da dignidade da pessoa humana, como bem explanado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no julgamento do Agravo de Instrumento nº 20130215395, cuja relatoria incumbiu à eminente Desembargadora Denise Volpato:

omissis

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

Em processos nos quais se discute a proteção da criança ou adolescente o Poder Judiciário deve buscar solução adequada à satisfação do melhor interesse desses seres em formação. Essa determinação não decorre tão-somente da letra expressa da Constituição Federal (artigo 227) ou do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 4º), mas advém igualmente de imperativo da razão, haja vista que a pacificação social (um dos escopos da atividade jurídica estatal) não está alicerçada unicamente na legalidade estrita, mas na aplicação racional do arcabouço normativo e supranormativo. A promoção da dignidade humana, desde a formação de cada cidadão, deve ser o escopo primordial da ação estatal⁵.

Imperativo, ademais, anotar que esta Corte de Justiça já reconheceu a possibilidade de afastamento do cadastro de adotantes em casos excepcionais, evidenciada a relação de afetividade entre o adotando e os pretensos adotantes, a fim de privilegiar o melhor interesse da criança, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADOÇÃO DE CRIANÇA C/C DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. PEDIDO DE GUARDA PROVISÓRIA. INOBSERVÂNCIA DA LISTA DE ADOÇÃO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. INTERESSE SUPERIOR DA MENOR.

[...]

II - O desatendimento à ordem da lista de espera para adoção é admissível em casos excepcionais, em que evidenciada ampla e duradoura relação de afetividade entre o menor e o pretense adotante, do que se cuida na espécie. (...)

[...]

(Agravo de instrumento nº 0200011-23.2011.8.06.0000, TJCE, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Rodrigues Feitosa, julgado em 10/07/2012, publicado em 19/07/2012) Grifo nosso.

5 Agravo de instrumento nº 20130215395, TJSC, Sexta Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Denise Volpato, julgado em 09/06/2014

Merece também destaque o julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais a seguir ementado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO 'INTUITU PERSONAE' - ENTREGA DA CRIANÇA LOGO APÓS O NASCIMENTO - GUARDA DEFINITIVA - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE MÁ-FÉ - NÃO INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO - CRIANÇA COM 05 (CINCO) ANOS DE IDADE E CONVIVÊNCIA COM A ADOTANTE NO MESMO PERÍODO - VÍNCULOS SÓCIO-AFETIVOS COMPROVADOS - MITIGAÇÃO DA OBSERVÂNCIA RÍGIDA AO SUPRACITADO CADASTRO - PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - PRIORIDADE ABSOLUTA - SENTENÇA QUE INDEFERIU A ADOÇÃO - RECURSO PROVIDO.

- O cadastro de adoção se destina a dar maior agilidade e segurança ao processo de adoção, uma vez que permitem averiguar previamente o cumprimento dos requisitos legais pelo adotante, bem como traçar um perfil em torno de suas expectativas. Evita influências outras, negativas ou não, que, por vezes, levam à sempre indesejada "adoção à brasileira".

- Todavia, deve-se ter em mente sempre o melhor interesse da criança. É certo que existem casos, excepcionais, em que se mitiga a habilitação dos adotantes no competente cadastro para o deferimento do pedido de adoção, possibilitando a chamada adoção direta ou 'intuitu personae'.

[...]

- A retirada do infante da casa de sua guardiã após o transcurso de longo período de convivência e constatada a formação de fortes laços de afetividade, não se mostra recomendável, pois certamente resultará em traumas e frustrações para o menor, com prejuízo ao seu ideal desenvolvimento, inserido que está como verdadeiro membro daquele núcleo familiar.

(Apelação Cível nº 1.0194.12.006162-8/002, TJMG, 2ª Câmara Cível, Rel. Desa. Hilda Teixeira da Costa, julgado em 27/01/2015, publicado em 04/02/2015) Grifo nosso.

Diante de todo o exposto, em sintonia com o Parecer Ministerial de págs.434/446, conheço do recurso para lhe dar provimento, reformando a sentença vergastada no sentido de conceder a adoção do menor F B aos recorrentes, D P e J C A P, com a conseqüente extinção do poder familiar de J C B, nos termos artigo 1.635, inciso IV, do Código Civil, devendo, na forma do artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ser procedida a expedição do competente mandado a fim de cancelar o registro primitivo do infante, fazendo-se constar no novo Registro Civil o nome do menor como F A P, dos adotantes como pais e dos avós maternos, G A J e J A B A, e paternos, S A P e M D F P

É como voto.

Fortaleza, 15 de abril de 2015.

PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL Nº 140213-60.2013.0001

REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA

APELANTE: ESTADO DO CEARÁ

APELADO: RONIERISON BANDEIRA DO NASCIMENTO E ROBERTO SILVEIRA SILVA

RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. COBRANÇA DE PAGAMENTO DE SALÁRIOS. POLICIAL MILITAR. INGRESSO NA CORPORACÃO EM DECORRÊNCIA DE MEDIDA LIMINAR POSTERIORMENTE CASSADA. VERBAS SALARIAIS E GRATIFICAÇÃO NATALINA DEVIDAS NO PERÍODO EFETIVAMENTE TRABALHADO. NATUREZA CONTRAPRESTACIONAL DA VERBA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA.

1.O objeto da presente *actio* se restringe à análise acerca da viabilidade de pagamento de verbas remuneratórias a servidores que haviam ingressado, de forma provisória e precária, nos quadros da administração pública, por força de decisão judicial de caráter liminar, posteriormente cassada.

2.Em que pese não ser de responsabilidade da Administração Pública a contratação dos

autores para exercerem a função de Policial Militar, estes estavam sob a tutela de uma decisão judicial, mesmo que de caráter precário e provisório. Em nosso entender, o Estado do Ceará deu cumprimento apenas parcial à decisão judicial que determinou o ingresso dos apelados na corporação militar. Foram-lhes entregues fardamentos e armas, bem como participaram de escalas de serviços, consoante se infere dos documentos colacionados aos autos. Todavia, não obstante tenham exercido o múnus, inclusive expondo suas vidas em risco, não houve a contraprestação salarial pelos serviços prestados.

3. Em situações semelhantes, os Tribunais Pátrios possuem o entendimento de que a natureza contraprestacional dos salários e demais verbas devidas em virtude do desempenho de atividade de servidor, mesmo que se reconheça posteriormente a nulidade da contratação, impede, em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a devolução de referidos valores, sob pena de enriquecimento ilícito da administração.

4. Assim, é de se concluir que uma vez provado, como no presente caso, o exercício das funções na Administração Pública, ainda que em decorrência de decisão judicial precária e provisória, mostra-se devido pagamento do salário e da gratificação natalina aos trabalhadores, considerando a natureza contraprestacional da verba pretendida, bem como em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Reexame necessário e Apelação Cível conhecidos e desprovidos. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por Unanimidade, em conhecer do Reexame Necessário e da Apelação Cível, para NEGAR-LHES PROVIMENTO, mantendo inalterada a sentença adversada, nos termos do voto do e. Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e Apelação Cível interposta pelo ESTADO DO CEARÁ contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 15ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que julgou procedente a Ação Ordinária ajuizada por RONIERISON BANDEIRA DO NASCIMENTO e ROBERTO SILVEIRA SILVA para condenar o recorrente ao pagamento das verbas salariais e da gratificação natalina aos autores, correspondentes aos meses de dezembro de 2011 a outubro de 2012, com acréscimos de juros moratórios mensais de 1% (um por cento), a contar da citação e correção monetária pelo INPC, a partir de seus respectivos vencimentos.

Irresignado com o *decisum*, o ESTADO DO CEARÁ interpôs recurso apelatório (fls. 1782/1790), sustentando, em síntese, que os autores exerceram a função de soldado policial militar por força de liminar e, diante do caráter provisório da medida, não fazem jus ao recebimento de qualquer remuneração ou indenização. Assevera, ainda, que “caso os requerentes tivessem recebido os valores os quais acreditam fazer jus, tornar-se-ia evidente a necessidade de reparação dos danos causados à parte contrária quando tal liminar não se concretiza em momento posterior ao processo, ou seja, os autores poderiam ser obrigados a restituir tais valores à Administração Pública.” Assim, pugna pelo provimento do recurso para que seja reformada a sentença para julgar improcedente o pleito autoral e declarar a inviabilidade de pagamento de vencimentos aos autores.

Devidamente intimados, os autores apresentaram contrarrazões ao recurso (fls. 1794/1802), asseverando que, por força de

decisão liminar, prestaram serviços à corporação militar do Estado do Ceará no período compreendido entre os meses de dezembro de 2011 a outubro de 2012, sem, contudo, perceberem vencimentos a que fariam jus pela prestação do serviço efetivamente realizado. Sustentam que a conduta adotada pelo ente público caracteriza enriquecimento ilícito.

Às fls. 1815/1819, a douta Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer de mérito, opinando pelo desprovimento do recurso, com a consequente manutenção da sentença adversada.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do Reexame Necessário e da Apelação Cível.

Consoante relatado, o cerne da pretensão recursal consiste em afastar a condenação imposta em primeiro grau ao Estado do Ceará relacionada ao pagamento das verbas remuneratórias compreendidas entre os meses de dezembro de 2011 e outubro de 2012, período este em que os autores, ora apelados, exerceram atividades na Polícia Militar do Estado do Ceará em cumprimento a provimento liminar exarado anteriormente.

Inicialmente, cumpre-se esclarecer que a abordagem do presente recurso não perpassa por qualquer análise acerca da legalidade da concessão da liminar que determinou que o Estado do Ceará integrasse os autores nos quadros da Polícia Militar. Esse assunto foi objeto de ação própria e, como asseverado pelos próprios autores na exordial, a medida liminar já foi inclusive cassada.

Portanto, o objeto da presente *actio* restringe à análise acerca da viabilidade de pagamento de verbas remuneratórias a servidores que haviam ingressado, de forma provisória e precária, nos quadros da administração pública, por força de decisão judicial de caráter liminar, posteriormente cassada.

Nesse aspecto, cumpre-se esclarecer que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, II, adota, como regra, o entendimento de que a investidura em cargo público depende de prévia aprovação em

concurso público de provas ou provas e títulos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para preenchimento para cargos em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

O desrespeito ao preconizado acima importa, indubitavelmente, em nulidade da contratação do servidor, bem como na punição da autoridade responsável, nos termos do que dispõe o parágrafo segundo do mesmo artigo citado. Veja-se: § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Todavia, a norma constitucional não previu quais seriam os efeitos decorrentes da declaração desta nulidade da contratação, o que fez com que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, notadamente do Tribunal Superior do Trabalho, firmasse o entendimento de que, uma vez prestado o serviço, torna-se inviável a restituição da situação ao estado anterior, haja vista a impossibilidade de se restituir ao trabalhador sua energia dispendida em benefício do tomador dos serviços.

Nesse diapasão, o posicionamento adotado sustenta ainda que, embora a contratação sem concurso público acarrete a declaração de nulidade do ato administrativo, não é razoável, em respeito ao princípio da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, admitir que o ônus dessa nulidade seja suportado apenas pelo empregado que prestou serviço de forma subordinada, em proveito de outrem, de forma irreversível.

Entender de forma diversa obviamente importaria em admitir enriquecimento ilícito do empregador que se favoreceu com o trabalho empreendido pelo trabalhador e, em contrapartida, não lhe concedeu a prestação pecuniária correspondente ao período trabalhado.

Foi por essa razão, que o Tribunal Superior do Trabalho, a fim de regularizar a situação salarial dos empregados contratados de forma irregular pela administração pública, editou a Súmula nº 363 nos seguintes termos:

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao

número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Todo esse raciocínio empreendido até o momento, lastreado em precedentes do TST, salvo melhor juízo, deve ser aplicado, de forma analógica, ao caso tratado nestes autos.

Isso porque, em que pese não ser de responsabilidade da Administração Pública a contratação dos autores para exercerem a função de Policial Militar, estes estavam sob a tutela de uma decisão judicial, mesmo que de caráter precário e provisório.

Em nosso entender, o Estado do Ceará deu cumprimento apenas parcial à decisão judicial que determinou o ingresso dos apelados na corporação militar. Foram-lhes entregue fardamentos e armas, bem como participaram de escalas de serviços, consoante se infere dos documentos colacionados aos autos. Todavia, não obstante tenham exercido o múnus, inclusive expondo suas vidas em risco, não houve a contraprestação salarial pelos serviços prestados.

Em situações semelhantes a do caso ora julgado, os Tribunais Pátrios, em sua maioria, possuem o entendimento, portanto, que a natureza contraprestacional dos salários e demais verbas devidas em virtude do desempenho de atividade de servidor, mesmo que se reconheça posteriormente a nulidade da contratação, impede a devolução de referidos valores, sob pena de enriquecimento ilícito da administração.

Para sedimentar esse raciocínio, colhe-se trecho do voto proferido pela e. Min. Ellen Gracie, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 596478:

Este Supremo Tribunal Federal já analisou o art. 37 da Constituição, proclamando a nulidade de pleno direito da investidura sem concurso público. Veja-se a emenda do AgRegAI 677.753-5, relator o Ministro Ricardo Lewandowski.:

"I - Ambas as Turmas deste Tribunal assentaram entendimento de que a nulidade do contrato de trabalho firmado com entidade da Administração Pública sem a prévia realização de concurso público não gera efeitos

trabalhistas. II - Recurso Protelatório. Aplicação de multa.
III - Agravo regimental improvido. "

Resguarda-se, tão-somente, o pagamento dos salários pelo trabalho prestado, de modo a evitar o enriquecimento sem causa do Estado.

O Ministro Celso de Melo, em decisão monocrática que proferiu no AI 743.712AgR destacou a existência de "entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Suprema Corte, que reconhece, como único efeito jurídico válido resultante do pacto celebrado, o direito à percepção do salário referente ao período efetivamente trabalhado".

Também em acórdão relatado pelo Ministro Carlos Britto a posição do Tribunal restou clara: "1. Após a Carta Magna de 1988, é nula a contratação para a investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público. Tal contrato gera, tão-somente, o direito ao pagamento dos salários pelos dias efetivamente trabalhados, pena de enriquecimento sem causa do Poder Público." (AI 502140 AgR)(...)

Vejam-se outros precedentes:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL.

1. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. EFEITOS TRABALHISTAS: DIREITO AO SALDO DE SALÁRIOS DOS DIAS EFETIVAMENTE TRABALHADOS.2. CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. IMPOSSIBILIDADE DO REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(AI 768771 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-12 PP-02632)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO - AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO - IRREGULARIDADE - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DAS VERBAS SALARIAIS PAGAS AOS SERVIDORES TEMPORÁRIOS - POSSIBILIDADE JURÍDICA - IMPROCEDÊNCIA.

- O concurso público é meio idôneo para a formação dos quadros de pessoal da Administração Pública, priorizando os princípios da impessoalidade, da isonomia e da legalidade. - A CF prevê, expressamente, os casos cabíveis de contratações temporárias e nomeações para cargo em comissão sem a prévia realização de concurso público, sendo que, desrespeitadas as hipóteses excepcionais previstas pelo legislador originário, estará o administrador público infringindo frontalmente os princípios constitucionais que regem sua atividade. - Sendo patente a necessidade de realização do certame, e nítida a intenção do beneficiar servidores contratados temporariamente, através de lei determinando uma efetivação claramente inconstitucional, afiguram-se ilegais os contratos temporários. - A jurisprudência é pacífica no sentido de reconhecer que pode ser pretendido o ressarcimento ao erário em sede de ação civil pública. - Os salários e demais verbas recebidas em virtude da função exercida por servidor temporário, ainda que se tenha por nulos seus contratos, tem caráter contraprestacional. Assim, determinar a devolução de tais verbas importaria num verdadeiro enriquecimento ilícito da Administração.

(TJ-MG 104810707754340011 MG 1.0481.07.077543-4/001(1), Relator: DÁRCIO LOPARDI MENDES, Data de Julgamento: 03/09/2009, Data de Publicação: 16/09/2009)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA – SENTENÇA PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – CONTRATO ADMINISTRATIVO DE TRABALHO DECLARADO NULO – EQUIPARADO À CULPA RECÍPROCA – DIREITO AO PAGAMENTO DOS SALÁRIOS E AOS DEPÓSITOS DE FGTS – VERBAS ESTAS QUE NÃO FAZEM PARTE DO PEDIDO – MATÉRIA OBJETO DE JULGAMENTO PELO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS NO STJ (ART. 543-C, DO CPC). MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO IMPROVIDO.

Sobre o tema, deve ser frisada a existência de entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, inclusive sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público sem prévia aprovação em concurso público, equipara-se à ocorrência de culpa

recíproca, gerando para o trabalhador, tão somente, o direito ao pagamento do valor pelo serviço prestado, para evitar o enriquecimento ilícito da Administração, bem como o direito ao levantamento das quantias depositadas em sua conta vinculada ao FGTS. Na espécie, pleiteia a apelante o pagamento de aviso prévio, férias proporcionais, 13º salário, abono pelo não recolhimento do PIS e tempo de serviço, frise-se verbas a que não tem direito, por se tratar de CONTRATO NULO, equiparado à existência de CULPA RECÍPROCA. Manutenção da Sentença. RECURSO IMPROVIDO.

(TJ-BA - APL: 00002652420118050253 BA 0000265-24.2011.8.05.0253, Relator: Maria do Socorro Barreto Santiago, Data de Julgamento: 11/02/2014, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 12/02/2014)

Por fim, apenas como forma de exaurir toda a matéria devolvida para análise nesta Instância *ad quem*, cumpre-se ressaltar que os precedentes citados pelo Estado do Ceará para justificar sua irrisignação, como bem assentado no parecer lavrado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, não se aplicam à presente situação dos autos.

O Estado tenta modificar o *decisum* de primeiro grau, sob o argumento de que a jurisprudência pátria admite a devolução de valores pagos indevidamente aos servidores públicos em decorrência de decisão judicial de característica precária ou não definitiva.

Contudo, em nenhuma das hipóteses citadas, tratava-se de verba salarial de agente público que havia ingressado nos quadros da administração pública através do cumprimento de medida liminar. Na verdade, os paradigmas apontados versavam sobre verbas oriundas de gratificações e prêmios que, por sua natureza, podiam ser restituídas ao erário.

Assim, é de se concluir que uma vez provado, como no presente caso, o exercício das funções na Administração Pública, ainda que em decorrência de decisão judicial precária e provisória, mostra-se devido pagamento do salário e da gratificação natalina aos trabalhadores, considerando a natureza contraprestacional da verba pretendida, bem como em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Por todo o exposto, com fulcro nos precedentes citados e amparado no parecer lavrado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, conheço do recurso apelatório para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença adversada.

É como voto.

Fortaleza, 13 de agosto de 2014.

PROCESSO Nº 141-26.2007.8.06.0165/1 – REEXAME/APELAÇÃO CÍVEL

REMETENTE: JUÍZO DA COMARCA DE SÃO LUIS DO CURU

APELANTE: MUNICÍPIO DE SÃO LUIS DO CURU

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUTORIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE CONCURSO PÚBLICO E DO CONTRATO CELEBRADO COM A INSTITUIÇÃO EXECUTORA DO CERTAME. FUNDAMENTO. NULIDADE DO PROCEDIMENTO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. DESPROVIMENTO DO APELO. SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível, em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em negar provimento à apelação e, em sede de reexame necessário, reformar parcialmente a sentença, nos termos do voto do relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 15 de dezembro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de REMESSA NECESSÁRIA, para o exercício do duplo grau de jurisdição obrigatório, e de APELAÇÃO CÍVEL interposta pelo MUNICÍPIO DE SÃO LUIS DO CURU, impugnando a sentença proferida pelo Juízo da Comarca de São Luis do Curu, nos autos da Ação Cautelar Preparatória nº 2007.0027.2821-2, que determinou “*a suspensão dos efeitos do contrato celebrado entre o Município de São Luis do Curu e o Instituto Cidades, assim como do Edital nº 001/2007, de 21 de setembro de 2007 e respectivo aditivo, determinando, conseqüentemente, a suspensão do concurso público de que trata o referido Edital*”.

Na inicial da ação cautelar proposta, em face do apelante e do Município de São Luís do Curu, o Ministério Público do Estado do Ceará aduz que a Prefeitura Municipal de São Luís do Curu decidiu realizar concurso público para provimento de cargos efetivos e formação de cadastro de reserva, a ser executado pelo Instituto Cidades, que foi contratado após a realização de um procedimento de dispensa de licitação viciado e, por conseguinte, nulo de pleno de direito, que inquinou de idêntica invalidez o contrato a que deu origem.

O pedido formulado na inicial consiste, na “concessão de medida liminar *inaudita altera pars*, para sustar os efeitos do contrato celebrado entre o Município de São Luís do Curu e o Instituto Cidades, assim como do Edital nº 001/2007, de 21 de setembro de 2007 e respectivo aditivo, determinando, conseqüentemente, a suspensão do Concurso Público de que trata o referido edital” e, ao final, em que seja “*judgada procedente a presente ação em todos os seus termos, concedendo-se os mesmos pedidos formulados liminarmente*”.

Em 07 de novembro de 2007, foi deferido o pedido de medida liminar (fls 168/172).

Os réus foram regularmente citados (fls 174 e 618).

Ao contestar a ação, o Instituto Cidades afirma que foi contratado para executar o concurso público de que trata o Edital nº 001/2007, do Município de São Luís do Curu, após regular processo de dispensa de licitação, por atender todos os requisitos previstos na Lei nº 8.666/93 (fls 176/208).

O Município de São Luís do Curu não apresentou defesa.

O pedido inicial foi julgado procedente na instância de origem, sob o fundamento de que o “*procedimento adotado para a dispensa de licitação, com base no artigo 24 e seus incisos, da Lei 8.666/93, é rígido e taxativo, dele não podendo se afastar a Administração quando opta por fazer a contratação direta*”, de que o contrato a ser celebrado deve “*guardar pertinência com as finalidades da instituição contratada, não bastando, portanto, que a referida seja simplesmente reputada como instituição de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional*”, de que o “*valor do contrato, por sua vez, não se encontra justificado*” e de que não existe “*prova de que foi feita uma pesquisa mercadológica para averiguar a existência de outras instituições aptas a serem contratadas*”.

Houve apelação do Município de São Luís do Curu.

Nas razões do apelo, o recorrente aduz que “*não há provas de que efetivamente tenha o Município de São Luís do Curu olvidado da aplicação das normas contidas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos*” e que “*a sentença vergastada também olvidou da observância das disposições contidas no art 20, § 4º (remissivo ao § 3º, alíneas 'a', 'b' e 'c')*”. Ao final, postula a reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido inicial ou fixados os honorários advocatícios pelo critério equitativo (fls 644/650).

O Ministério Público apresentou resposta ao recurso (fls 652/661)

É, no essencial, o que havia a relatar.

Fortaleza, 3 de dezembro de 2014.

VOTO

Tem-se remessa oficial para o exercício do duplo grau de jurisdição obrigatório e apelação interposta pelo Município de São Luís do Curu contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público na inicial da Ação Cautelar Preparatória nº 2007.0027.2821-2.

Examinado, inicialmente, o procedimento de dispensa de licitação propriamente dito, tal como formalizado pelo Município de São Luís do Curu (fls 85/166).

A prova dos autos dá a conhecer que a Prefeita Municipal de São Luís do Curu, em 19 de setembro de 2007, determinou a abertura de *“Processo Administrativo de Dispensa de Licitação para o objeto de proceder busca de Institutos e Fundações, com notória especialização, incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional e que detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos cujo conceito de sua especialidade se configure nos preceitos disciplinares da Lei nº 8.666/93 e suas alterações”*, para executar serviço *“de recrutamento e seleção de pessoal, através da realização de Concurso Público para provimento de cargos constantes do Quadro de Pessoal desta Prefeitura”*, mediante contratação *“com cláusula de êxito”*. É certo, ainda, que o referido Procedimento de Dispensa de Licitação foi instaurado no mesmo dia 19 de setembro de 2007, pela Comissão Permanente de Licitação, com autuação já identificando como favorecido o Instituto Cidades, cuja proposta da prestação dos serviços respectivos também tem a data de 19 de setembro de 2007.

Em 20 de setembro de 2007, o Presidente da Comissão Permanente de Licitação expediu a Declaração de Dispensa de Licitação, foi elaborado o Parecer Jurídico interno no qual se concluiu *“que o INSTITUTO CIDADES pode ser contratado diretamente pelos órgãos públicos da administração direta, indireta e fundacional, quer no âmbito federal, estadual ou municipal, em todas as suas esferas de atuação, com dispensa de licitação, ou seja, sem procedimento licitatório”* e a Prefeita Municipal ratificou o procedimento de Dispensa de Licitação *“para a contratação do Instituto Cidades – Centro Integrado de Desenvolvimento Administrativo, Estatístico e Social”*, determinando *“a publicação legal do Extrato da Dispensa de Licitação”*, o que ocorreu de imediato.

Eis que, em 21 de setembro de 2007, a Prefeita do Município de São Luís do Curu homologou o procedimento de dispensa de licitação, adjudicou seu objeto ao Instituto Cidades, o contrato respectivo foi celebrado e o Edital nº 001/2007 divulgado.

Nota-se que no exíguo prazo de três dias foi realizado o procedimento de Dispensa de Licitação, celebrado o contrato de prestação dos serviços respectivo e divulgado o edital de abertura do concurso público questionado nos autos. Constata-se, ademais, com base na sequência numérica das folhas do procedimento de Dispensa de Licitação que tramitou no âmbito da Prefeitura Municipal de São Luís do Curu, correspondentes às fls 115/197 destes autos, que nenhum documento referente ao Instituto Cidades, nem mesmo seu Estatuto Social, instruiu o referido procedimento administrativo.

A Constituição Federal dispõe expressamente que a contratação de serviços pela Administração Pública deve ser precedida de processo de licitação que assegure igualdade de condições a todos os interessados, mas admite que a lei estabeleça exceções à regra geral da obrigatoriedade de licitação, *verbis*:

Art. 37

XXI - **ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A regulamentação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal está positivada na Lei nº 8.666/93, que define em seu art. 24 as exaustivas hipóteses de dispensa de licitação, nas quais se inclui a contratação de instituição brasileira de inquestionável reputação e sem fins lucrativos que tenha por objeto social a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional, *verbis*:

Art.24. É dispensável a licitação:

XIII - **na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional**, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha **inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;**

Sucedo que a Lei ° 8.666/93, ao dispor que os casos de dispensa de licitação devem ser necessariamente justificados e instruídos com as razões da escolha do executante do serviço a ser contratado, impõe a realização de um procedimento formal pelo órgão público. Veja-se:

Art. 26. As **dispensas** previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, **necessariamente justificadas**, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, **será instruído**, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

In casu, a escolha do Instituto Cidades ocorreu sem que o Município de São Luís do Curu, por absoluta ausência de prova nos autos do procedimento administrativo de dispensa de licitação, tenha constatado efetivamente o atendimento dos requisitos da nacionalidade brasileira, ausência de fins lucrativos, reputação inquestionável e finalidade social de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional previstos em lei, pois, como consignado no relatório, não há um único documento referente ao mencionado Instituto no procedimento de dispensa de licitação ora impugnado pelo Ministério Público. Destaque-se, ainda, o fato de que o exíguo prazo de três dias, iniciado com a determinação da realização do procedimento de dispensa, pela Prefeita Municipal de São Luís de Curu, e ultimado com a divulgação do Edital nº 001/2007, com as regras do concurso é, por si só, revelador de um simulacro tosco do procedimento de dispensa de licitação previsto em lei.

Frise-se, por oportuno, que a atuação da Administração Pública é regida superiormente pelos princípios positivados do art. 37 da Constituição Federal, em tudo e por tudo aplicáveis no âmbito das licitações públicas.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, **impessoalidade**, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

A realidade revelada pelo acervo probatório existente nos autos dá inequivocamente a conhecer que o Município de São Luis do Curu, a pretexto de fazer cumprir o disposto nos arts. 24, XIII e 26 da Lei nº 8.666/93, forjou um procedimento de dispensa de licitação flagrantemente ofensivo aos princípios da impessoalidade e da moralidade, desviando-se do interesse público, enquanto finalidade inafastável da atuação administrativa, para favorecer o interesse particular do Instituto Cidades.

O princípio da impessoalidade veda o favorecimento pessoal e o detrimento do interesse público em prol do interesse particular, como assinala com precisão José dos Santos Carvalho Filho, *verbis*:

... para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do princípio da finalidade, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma ação discriminatória.

(Manual de Direito Administrativo, Atlas, São Paulo, 27ª ed., 2014, p. 20/21)

Em voto proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026, o Ministro Eros Grau delimitou o sentido e o alcance do Princípio da Moralidade, para afirmar que haverá violação a

tal princípio quando a autoridade administrativa atua com desvio de poder ou de finalidade, *verbis*:

... a ética do sistema jurídico é a ética da legalidade. E não pode ser outra, senão esta, de modo que a afirmação, pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, do princípio da moralidade o situa, necessariamente, no âmbito desta ética, ética da legalidade, que não pode ser ultrapassado, sob pena de dissolução do próprio sistema.

Assim compreenderemos facilmente esteja confinado o questionamento da moralidade da Administração nos lindes do desvio de poder ou de finalidade. Qualquer questionamento para além desses limites estará sendo postulado no quadro da legalidade pura e simples. Essa circunstância é que explica e justifica a menção e um e a outro, a ambos os princípios, na Constituição e na legislação infraconstitucional.

Não é ocioso lembrar que a violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade constitui fundamento mais que suficiente para invalidar a conduta administrativa impugnada na presente sede processual, por traduzir a mais grave violação ao ordenamento jurídico, no rigor do magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello. Ei-lo:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

(Curso de Direito Administrativo, Malheiros, São Paulo, 2013, p. 975)

Infere-se, pois, que o procedimento de dispensa de licitação realizado pelo Município de São Luis do Curu para a contratação direta do Instituto Cidades, como entidade executora do concurso público de que

trata o Edital nº 001/2007, é absolutamente nulo, por violar os princípios da impessoalidade e da moralidade, daí a improcedência do fundamento recursal que afirma haver a escolha recaído sobre instituição que preenche todos os requisitos da Lei nº 8.666/93.

Ora, a nulidade do procedimento de dispensa de licitação acarreta a nulidade do contrato a que deu origem, por expressa previsão da lei que rege a matéria, *verbis*:

Art.49.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Assim, se nulo é o contrato, em razão de vício existente no respectivo procedimento prévio de dispensa de licitação, é de rigor concluir que o fundamento recursal que afirma não haver *“provas de que efetivamente tenha o Município de São Luis do Curu olvidado da aplicação das normas contidas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos”* é de todo improcedente.

Passo ao exame do fundamento da apelação segundo o qual *“a sentença vergastada também olvidou da observância das disposições contidas no art 20, § 4º (remissivo ao § 3º, alíneas 'a', 'b' e 'c'”*, ao não fixar os honorários advocatícios pelo critério equitativo.

Observe, a esse propósito, que a sentença julgou procedente o pedido inicial e condenou *“os réus a arcarem com as custas processuais e honorários advocatícios”* fixados na quantia correspondente a *“20% (vinte por cento) sobre o valor atribuído à causa”*.

Há de ser ressaltado que a disciplina normativa da matéria está positivada no art. 20, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Nota-se que, quando não há condenação, como ocorre no caso de que ora se cogita, os honorários advocatícios devem ser arbitrados segundo o critério da apreciação equitativa, observados o zelo e o trabalho do advogado, o lugar e o tempo da prestação do serviço, além da natureza e da importância da causa.

Tal orientação, todavia, não se aplica ao caso ora em análise, porquanto a ação civil pública julgada procedente pela sentença recorrida foi proposta pelo Ministério Público, .

Assim ocorre porque, de acordo com a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 18, da Lei nº 7.347/85, de modo a atribuir simetria de tratamento às partes da ação civil pública, não é devida a condenação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios ao Ministério Público, no caso de ação civil pública de sua autoria julgada procedente, *verbis*:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR.

1. Na ação civil pública movida pelo Ministério Público, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei 7.347/85.

2. Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é

cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do Parquet.

3. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública. Precedentes.

4. Embargos de divergência providos.

Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 895.530, Primeira Seção, Maioria, Rel Min Eliana Calmon, DJ 18.12.2009

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência da Primeira Seção deste Superior Tribunal é firme no sentido de que, por critério de absoluta simetria, no bojo de ação civil pública não cabe a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público.

Precedente: EREsp 895530/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira

Seção, julgado em 26/08/2009, DJe 18/12/2009.

2. Agravo regimental não provido.

Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 21.466, Rel Min Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Unânime, DJ 22.08.2013

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme o entendimento jurisprudencial do STJ, não é cabível a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público nos autos de Ação Civil Pública. Nesse sentido:

Resp 1.099.573/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 19.5.2010; Resp 1.038.024/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24.9.2009; EREsp 895.530/PR, 1ª Seção, Rel.

Min. Eliana Calmon, DJe 18.12.2009.

2. Agravo regimental não provido.

Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.386.342, Rel
Min Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Unânime,
DJ 02.04.2014

Ante todo o exposto, conheço da apelação, para negar-lhe provimento, e do reexame necessário, para reformar parcialmente a sentença, excluindo a condenação dos réus ao pagamento de honorários advocatícios.

É como voto.

Fortaleza, 15 de dezembro de 2014.

PROCESSO: 0141985-58.2013.8.06.0001 - APELAÇÃO

APELANTE: CAMERON CONSTRUTORA S/A

APELADO: VIVIAN GONÇALVES BEZERRA

RELATOR: DES. DES. JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CITAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. PROCURADORA. VALIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA. REVELIA. PRELIMINAR REJEITADA. DISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. ALEGAÇÕES AUTORAIS COMPROVADAS NOS AUTOS. RECURSO DESPROVIDO.

1 – Trata-se de apelação interposta contra sentença exarada pelo Juízo da 20ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da ação de obrigação de fazer proposta pela apelada contra a apelante. A sentença julgou procedente o pedido, determinando a adjudicação compulsória do imóvel discutido na demanda, já quitado e não entregue, concedendo, no azo, a antecipação de tutela, e condenando a apelante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

2 – É válida a citação realizada na pessoa que, na sede da empresa, recebe o mandado sem qualquer ressalva a respeito da falta de poderes para tanto. Preliminar rejeitada. Precedentes do STJ.

3 – Sendo a apelante revel, não pode em grau recursal abrir discussão que deveria ter sido ventilada no momento oportuno, sendo propiciada, apenas, a defesa referente aos

pressupostos processuais, às condições da ação e referentes aos direitos indisponíveis ou às nulidades absolutas. Precedentes do STJ.

4 – Tendo a apelada comprovado a quitação do imóvel adquirido, e considerando que suas alegações foram reputadas verdadeiras em razão da revelia da apelante, deverá o bem ser adjudicado compulsoriamente em seu favor, conforme decidido em primeira instância.

5 – Recurso conhecido e desprovido. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, nesta Comarca de Fortaleza, em que são partes as pessoas indicadas. ACORDAM os membros integrantes da 8ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer da presente apelação, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se a sentença de 1º grau, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 28 de abril de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por CAMERON CONSTRUTORA S/A, contra sentença prolatada pela MM. Juíza da 20ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer com pedido de concessão de tutela específica intentada pela Sra. Vivian Gonçalves Bezerra, ora apelada, contra a apelante.

Quanto aos fatos, consta na inicial que a autora, ora recorrida, celebrou com a apelante, em 08 de março de 2010, contrato particular de adesão e de construção por administração de unidade autônoma, destinado à aquisição, pela proponente, da unidade habitacional nº 202, bloco 03, com uma vaga de garagem, do empreendimento denominado Costa Blanca

Condominium, situado no Porto das Dunas, Município de Aquiraz/CE. Assevera que a contratação ocorreu sob regime de condomínio fechado, tendo a unidade habitacional sido orçada em R\$ 318.066,74 (trezentos e dezoito mil, sessenta e seis reais e setenta e quatro centavos), bem como submetido o empreendimento ao regime de afetação.

Alega a apelada na exordial que utilizou todas as suas economias e quitou antecipadamente o saldo devedor referente à sua unidade autônoma, tendo pago o valor de R\$ 349.940,88 (trezentos e quarenta e nove mil, novecentos e quarenta reais e oitenta e oito centavos), tendo o último pagamento sido efetuado em outubro de 2012.

Relata que a obra ainda não foi entregue, e que a mesma evoluía a passos lentos. Argumenta ainda que veio ao conhecimento público a suposta situação difícil em que se encontraria a apelante, o que teria ensejado contatos da autora com a mesma, a fim de que lhe fosse outorgada a escritura definitiva de compra e venda da fração ideal, em razão da quitação do saldo devedor, o que lhe foi negado pela construtora.

Requer a concessão de tutela específica de obrigação de fazer, para compelir a ré, ora apelante, a outorgar a escritura pública de compra e venda da fração ideal adquirida e quitada pela autora, sob pena de fixação de astreintes. Ao final, pugna pela procedência do pedido, confirmando-se a medida antecipatória.

Com a inicial foram anexados documentos pessoais às págs. 10/12, além dos documentos de págs. 13/51.

A ré foi citada, porém deixou transcorrer “in albis” o prazo para resposta, conforme se verifica à pág. 60.

À pág. 61, foi decretada a revelia da ré, e anunciado o julgamento antecipado da lide.

A sentença guerreada, acostada às págs. 65/69, julgou procedente o pedido autoral, determinando a adjudicação compulsória do imóvel discutido na demanda, concedendo, no azo, a antecipação de tutela. Ademais, condenou a apelante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

Irresignada, a ré interpôs apelação (págs. 76/91), arguindo, preliminarmente, a ausência de validade da citação e a nulidade da

sentença. Empós, teceu argumentos referentes ao mérito da ação, invocando a ocorrência de caso fortuito e força maior como justificativas do atraso na entrega da unidade habitacional em questão. Ademais, defendeu a legalidade do procedimento adotado pela construtora e do contrato de adesão em comento, a inexistência de cláusulas abusivas e a impossibilidade de outorga de escritura pública de fração ideal.

Por fim, pugnou pelo recebimento do recurso em ambos os efeitos, com a decretação da nulidade da citação e a determinação do retorno dos autos à instância de origem. Subsidiariamente, requereu a reforma da sentença, a fim de que o pedido seja julgado improcedente, sendo a apelada condenada no ônus sucumbencial.

Com o recurso foram acostados os documentos de págs. 92/109.

A apelada ofertou contrarrazões às págs. 110/115. Em síntese, sustentou a validade da citação e ratificou as argumentações expendidas na exordial. Pugnou pelo desprovimento do recurso apelatório, mantendo-se incólume a sentença de primeiro grau.

O recurso foi recebido pelo Juízo *a quo* apenas no seu efeito devolutivo (pág. 119), tendo sido remetidos os autos a este E. Tribunal de Justiça.

É, em síntese, o relatório.
À douta revisão.

Fortaleza, 17 de abril de 2015.

VOTO

“Ab initio”, conheço da presente apelação, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Conforme relatado, consta na inicial que a autora, ora recorrida, celebrou com a apelante, em 08 de março de 2010, contrato particular de adesão e de construção por administração de unidade autônoma, destinado à aquisição, pela proponente, da unidade habitacional nº 202, bloco 03, com uma vaga de garagem, do empreendimento denominado Costa Blanca *Condominium*, situado no Porto das Dunas, Município de Aquiraz/CE.

Assevera que a contratação ocorreu sob regime de condomínio fechado, tendo a unidade habitacional sido orçada em R\$ 318.066,74 (trezentos e dezoito mil, sessenta e seis reais e setenta e quatro centavos), bem como submetido o empreendimento ao regime de afetação.

Alega que quitou antecipadamente o saldo devedor referente à sua unidade autônoma, tendo pago o valor de R\$ 349.940,88 (trezentos e quarenta e nove mil, novecentos e quarenta reais e oitenta e oito centavos), tendo o último pagamento sido efetuado em outubro de 2012. Relata que a obra ainda não foi entregue, e que a mesma evoluía a passos lentos. Argumenta ainda que veio ao conhecimento público a suposta situação difícil em que se encontraria a apelante, o que teria ensejado contatos da autora com a mesma, a fim de que lhe fosse outorgada a escritura definitiva de compra e venda da fração ideal, em razão da quitação do saldo devedor, o que lhe foi negado pela construtora.

Requer a concessão de tutela específica de obrigação de fazer, para compelir a ré, ora apelante, a outorgar a escritura pública de compra e venda da fração ideal adquirida e quitada pela autora, sob pena de fixação de astreintes. Ao final, pugna pela procedência do pedido, confirmando-se a medida antecipatória.

A sentença guerreada, acostada às págs. 65/69, julgou procedente o pedido autoral, determinando a adjudicação compulsória do imóvel discutido na demanda, concedendo, no azo, a antecipação de tutela. Ademais, condenou a apelante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

No presente recurso (págs. 76/91), a ré argui, preliminarmente, a ausência de validade da citação e a nulidade da sentença. Empós, tece argumentos referentes ao mérito da ação, invocando a ocorrência de caso fortuito e força maior como justificativas do atraso na entrega da unidade habitacional em questão. Ademais, defende a legalidade do procedimento adotado pela construtora e do contrato de adesão em comento, a inexistência de cláusulas abusivas e a impossibilidade de outorga de escritura pública de fração ideal. Por fim, pugna pelo recebimento do recurso em ambos os efeitos, com a decretação da nulidade da citação e a determinação do retorno dos autos à instância de origem. Subsidiariamente, requer a

reforma da sentença, a fim de que o pedido seja julgado improcedente, com a condenação da apelada no ônus sucumbencial.

Não merece reparo a sentença guerreada, pelos fundamentos adiante expendidos.

Em sede de preliminar, aduz a recorrente que a citação ocorrida não foi válida, em razão de não ter sido realizada na pessoa dos seus representantes legais ou de preposto que exerça função de administrador ou gerente da empresa, nos termos do art. 223 do CPC.

No entanto, em que pese dispor o art. 223, parágrafo único do CPC, que, em se tratando de réu pessoa jurídica, será válido o recebimento da citação por quem tenha poderes de gerência geral ou administração, tem predominado nos tribunais, a respeito do tema, a aplicação da teoria da aparência.

A respeito da teoria da aparência, leciona Carlos Orlandi Chagas, na dissertação intitulada “Representação da Pessoa Jurídica e a Teoria da Aparência”¹ :

“O fenômeno da aparência de direito é de construção recente e é produto da aceleração dos negócios e interpenetração das relações jurídicas cada vez mais complexas, sem nem sempre dar oportunidade de se proceder à necessária e diligente aferição da realidade e verdade das aparências exteriores das situações jurídicas. Corresponde a uma necessidade jurídico-econômico-social, traduzida no ideal de justiça e equidade que tenta conciliar, no âmbito de conflitos de direito, os ideais de segurança e certeza. Privilegia uma situação aparente em detrimento da realidade a fim de proteger interesses e resguardar a ordem jurídica. E é reputada por ÁLVARO MALHEIROS como verdadeiro princípio geral de direito dos ordenamentos jurídicos modernos”.

Em consonância com o moderno princípio da instrumentalidade processual, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação da pessoa jurídica realizada em

1 Chagas, Carlos Orlandi. Representação da Pessoa Jurídica e a Teoria da Aparência. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, págs. 94-95.

quem, na sua sede, se apresenta como sua representante e recebe a citação sem qualquer ressalva quanto à inexistência de poderes para representá-la em juízo.

Nesse sentido, mister transcrever a lição do eminente Daniel Amorim Assumpção Neves² :

“O rigorismo do sistema é abrandado na citação das *peças jurídicas*, aplicando o Superior Tribunal de Justiça a **teoria da aparência**, de forma que não somente o representante legal ou pessoa com poderes de gerência geral ou administração (art. 223, parágrafo único, do CPC) poderá assinar o recibo, mas qualquer pessoa que aparentemente tenha poderes para representar a pessoa jurídica”.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CITAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA VIA POSTAL. RECEBIMENTO DA CARTA POR FUNCIONÁRIO DO ESTABELECIMENTO. VALIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA. PRECEDENTES.

1. "Esta Corte possui entendimento no sentido de que é válida a citação realizada na pessoa que se identifica como funcionário da empresa e que a recebe sem qualquer ressalva a respeito da falta de poderes para tanto" (AgRg no AREsp 180.504/SP, Relator o Ministro SIDNEI BENETI, DJe de 29/6/2012). 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

STJ - AgRg no AREsp: 402052 MS 2013/0329027-5, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 26/11/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2013.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CITAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. TEORIA DA APARÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO.

2 Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 5. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 333.

1. A jurisprudência do STJ, no que concerne a citações de pessoas jurídicas, adota a teoria da aparência, segundo a qual considera-se válida a citação feita na pessoa de quem, sem nenhuma reserva, identifica-se como representante da sociedade empresária, mesmo sem ter poderes expressos de representação, e assina o documento de recebimento. 2. A tese recursal não encontra suporte nas bases fáticas traçadas soberanamente nas instâncias ordinárias, razão pela qual a reversão do julgado encontra óbice na Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa. STJ - AgRg no Ag: 1363632 PR 2010/0202762-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 23/08/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/08/2011.

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - CITAÇÃO – TEORIA DA APARÊNCIA.

1. Nega-se seguimento a embargos de divergência quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dominante no Tribunal. 2. Aplicação do entendimento prevalente da Corte Especial no sentido de adotar-se a Teoria da Aparência, reputando-se válida a citação da pessoa jurídica quando esta é recebida por quem se apresenta como representante legal da empresa e recebe a citação sem ressalva quanto à inexistência de poderes de representação em juízo. 3. Agravo regimental improvido. STJ, EREsp 205275/PR, Corte Especial, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 28/10/2002.

Interessante transcrever trecho do Informativo nº 338 do STJ:

CITAÇÃO POSTAL. PESSOA JURÍDICA. VALIDADE. ASSINATURA. PREPOSTO.

A citação de pessoa jurídica pela via postal é válida quando realizada no endereço da ré e recebido o aviso registrado por simples empregado. Desnecessário que a carta citatória seja recebida e o aviso de recebimento seja assinado por representante legal da empresa. Assim, a Corte Especial conheceu e acolheu os embargos de divergência. Precedentes citados: REsp 582.005-BA, DJ 5/4/2004, e REsp 259.283-MG, DJ 11/9/2000. EResp 249.771-SC , Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgados em 7/11/2007.

No caso, o mandado de citação fora assinado pela Dra. Nara Magalhães, OAB/CE 18.091, que se identificou como procuradora da apelante (pág. 55). Ademais, consta na certidão exarada pelo Oficial de Justiça, dotada de fé pública (pág. 56), que o mesmo se dirigiu ao endereço informado e citou a requerida, através de sua procuradora, Dra. Nara Magalhães, a qual, após ouvir a leitura integral do mandado, após o seu ciente e recebeu a contrafé.

Ressalte-se que a aludida advogada não é pessoa estranha à empresa, tendo inclusive tido seu nome mencionado na petição inicial (pág. 02, item 09) como sendo uma das pessoas com as quais a autora manteve contato, com a finalidade de tentar solucionar o impasse em que se encontrava.

Destarte, tendo em vista que a citação ocorrida foi válida, tem-se que a apelante, ao deixar transcorrer “in albis” o prazo para apresentar contestação (certidão à pág. 60), passou a ser revel (pág. 61).

A respeito do instituto da revelia, o eminente jurista Fredie Didier Júnior assim leciona³ :

“A revelia é ato-fato processual que produz os seguintes efeitos: a) presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo demandante (efeito material); b) prosseguimento do processo sem intimação do réu-revel (efeito processual); c) preclusão em desfavor do réu do poder de alegar algumas matérias de defesa (efeito processual, ressalvadas aquelas previstas no art. 303 c/c art. 301, §4º, ambos do CPC); d) possibilidade de julgamento antecipado da lide, acaso se produza o efeito substancial da revelia (art. 330, II, CPC)”.

Assim, os fatos alegados pela autora, ora apelada, foram reputados verdadeiros. Ressalte-se que, com a exordial, foram acostados documentos que comprovam a quitação do imóvel adquirido pela mesma (págs. 48-49).

3 Didier Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, v. 1, Salvador: Edições JusPODIVM, 2007, p 464.

As alegações recursais referentes a aspectos fáticos da demanda, quais sejam, a possível ocorrência de caso fortuito e força maior como justificativas do atraso na entrega da unidade habitacional em questão, a regularidade do procedimento adotado pela construtora, a legalidade do contrato em comento, a inexistência de cláusulas abusivas e a impossibilidade de outorga de escritura pública de fração ideal em razão da ausência de previsão contratual não poderão ser enfrentadas nesta instância por não terem sido discutidas pelas partes em juízo, porquanto se operou a preclusão decorrente da revelia.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS - REVELIA - DISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICA - IMPOSSIBILIDADE DANO MORAL PURO - QUANTUM DEBEATUR - PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - JURO DE MORA - TERMO A QUO - EVENTO DANOSO - CORREÇÃO MONETÁRIA - DATA DO ARBITRAMENTO - SÚMULA 362 DO STJ - RECURSO IMPROVIDO.

Sendo a apelante revel, não pode em grau recursal abrir discussão que deveria ter sido ventilada no momento oportuno, sendo propiciada, apenas, a defesa referente aos pressupostos processuais, às condições da ação e referentes aos direitos indisponíveis ou às nulidades absolutas. A fixação do valor da indenização por danos morais pauta-se pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Quanto aos juros de mora, na indenização por danos morais, por ser hipótese de responsabilidade civil extracontratual, devem incidir a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ. A correção monetária deve incidir a partir da data em que foi prolatada a decisão fixadora da verba indenizatória conforme a Súmula 362 do STJ”. (destacou-se)

TJMG, 14ª Câmara Cível. AC 10499130025806001, Rel. Des. Rogério Medeiros, Data do julgamento: 10/04/2014, Data da publicação: 25/04/2014.

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE TÍTULOS DE CRÉDITO - NULIDADE DE CITAÇÃO - INOCORRÊNCIA

- TEORIA DA APARÊNCIA - RÉU REVEL - DISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICA NO RECURSO - IMPOSSIBILIDADE.

- Verificando-se que a citação foi enviada ao endereço da empresa e devidamente recebida sem qualquer oposição da pessoa que assinou a carta, deve ser considerada válida, pois se trata de ato essencial e formal, cuja finalidade foi atendida com o recebimento da carta na sede da empresa ré.

- **O recurso apresentado pelo revel somente poderá versar sobre as questões essencialmente de direito, sendo-lhe defeso produzir alegações que deveriam ter sido levantadas na contestação, sobre a qual se operou a preclusão**". (destacou-se)

TJMG, 14ª Câmara Cível. AC 10024101486553001, Rel. Des. Valdez Leite Machado, Data do julgamento: 12/05/2014, Data da publicação: 16/05/2014.

Por conseguinte, tendo em vista que a parte autora, ora apelada, comprovou a quitação do imóvel adquirido junto à apelante (págs. 48-49), e considerando que suas argumentações quanto aos aspectos fáticos devem prevalecer em razão da revelia da ré, entendo que deve ser mantida a sentença vergastada, a fim de que o imóvel em questão seja adjudicado compulsoriamente à recorrida, nos termos do art. 1418 do Código Civil, *in verbis*:

“Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.”

Assim, por todo o exposto, de acordo com a fundamentação legal, doutrina e jurisprudência colacionadas, conheço do presente recurso para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo a sentença de primeiro grau em sua integralidade.

É como voto.

Fortaleza, 28 de abril de 2015.

PROCESSO: 0018633-05.2009.8.06.0001 - REEXAME NECESSÁRIO
AUTOR: SINDICATO DO COMERCIO VAREJISTA DE GÊNEROS
ALIMENTÍCIOS DE FORTALEZA
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 2A. VARA DA FAZENDA
PUBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
RÉU: COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA
SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: TRIBUTÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. ESSENCIALIDADE DA MERCADORIA OU DO SERVIÇO (CF, ART. 155, § 2º, INC. III). PEDIDO DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO NO PERCENTUAL DE 27% PARA FINS DE REDUZIR A ALÍQUOTA DE INCIDÊNCIA PARA 17%. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 266 DO STF. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO. INVIABILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CARÊNCIA DE AÇÃO. EXTINÇÃO DO *MANDAMUS* SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (CPC, ART. 267, IV E VI).

1. Na esteira de consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o manejo do Mandado de Segurança não é a via adequada para se impugnar lei em tese, nos termos da súmula nº. 266 do STF: "*não*

cabe mandado de segurança contra lei em tese".

Precedentes.

2. Revela-se, portanto, inviável a utilização da via mandamental com semelhante vocação, sobretudo quando formulado pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ainda que redigido sob a forma de "fundamento da pretensão autoral", em especial quando se observa – tal como sucede na espécie – que a postulação se reveste de caráter inequivocamente normativo, requerendo-se ao Poder Judiciário a própria alteração da alíquota de incidência do tributo por força da essencialidade da energia elétrica, em absoluta afronta ao Princípio da Separação dos Poderes, previsto no art. 2º da Carta da República. Precedentes deste Tribunal de Justiça.

3. Reexame necessário conhecido e provido. Segurança denegada, extinguindo-se a ação sem resolução de mérito (art. 6º, §5º, da Lei 12.016)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer e dar provimento ao reexame necessário, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 26 de novembro de 2014.

RELATÓRIO

Cogita-se de Reexame Necessário oriundo do Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza-CE por força da prolação de sentença de parcial concessão da segurança postulada nos autos da

ação mandamental nº 0018633-05.2009.8.06.0001, em que figura como impetrante o Sindicato do Comércio Varejista de Gêneros Alimentícios de Fortaleza e como autoridade impetrada o Coordenador da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará.

A impetração se volta contra a fixação da alíquota de 25% sobre a prestação do serviço de energia elétrica, nos termos do art. 44, I, "a" e II, "a", ambos da Lei estadual nº 12.670/96, cuja incidência faria transgredir, por violação ao princípio da seletividade, a norma inscrita no art. 155, III, da Constituição da República.

Invocando a inconstitucionalidade dos dispositivos legais encimados, postulou o sindicato a concessão da segurança para que o Estado, em operações futuras, somente venha a realizar a exação com a incidência de alíquota de 17%, bem como a inconstitucionalidade dos artigos 44, I, "a" e II, "a", ambos da Lei estadual nº 12.670/96, declarando-se, ainda, o direito à compensação dos créditos decorrentes do pagamento de ICMS em percentual superior ao mencionado.

A segurança foi concedida no tocante à declaração de inconstitucionalidade dos preceitos, com a conseqüente determinação de incidência ulterior da alíquota de 17%, bem como restituição, retroativa à data da impetração, de tudo o quanto pago a maior. Denegou-se a segurança, contudo, no que concerne ao pleito de compensação. (fls. 372/380).

Em face do que dispõe o art. 14, §1º, da Lei nº 12.016/09, vieram os autos a esta egrégia Corte para fins de reexame, acompanhada pelo douto parecer da Procuradoria Geral de Justiça, que oficiou às fls. 418/428 pelo conhecimento e desprovimento do reexame.

É o relatório.

À revisão (art. 34, §3º, RITJCE).

VOTO

Inicialmente, conheço do Reexame, eis que cabível na espécie (art. 14, §1º, da Lei 12.016/09) e preenchidos os demais pressupostos.

A sentença merece ser reformada, eis que prolatada em manifesta divergência com a jurisprudência deste Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, observando-se a postulação formulada no âmbito da ação mandamental, verifica-se, inequivocamente, que a impetração está voltada contra lei em tese, afrontando a inteligência que emana do enunciado sumula nº 266, do STF: "*Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.*"

Na espécie, o pedido formulado, a despeito de indicado como “fundamento da pretensão autoral”, traduz, indeclinavelmente, o próprio objeto da ação mandamental, que busca a redução, com base no princípio da seletividade (art. 155, §2º, III, da Constituição), da alíquota de ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica de 25% para a alíquota geral de 17%, à vista da essencialidade do produto, declarando-se, no ponto, a inconstitucionalidade do art. 44, II, "a", da Lei 12.670/96, utilizando-se a alíquota do art. 44, I, "b", da mesma lei.

Ora, esta pretensão tem sido por reiteradas vezes rechaçada nesta Corte sob o fundamento de que se revela inviável o seu reconhecimento na estreita via do *mandamus*. Transcrevo os mais recentes precedentes:

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA EM APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA (CF, ART. 5º, LXIX). ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. ESSENCIALIDADE DA MERCADORIA OU DO SERVIÇO (CF, ART. 155, § 2º, INC. III). IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 266 DO C. STF. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CARÊNCIA DE AÇÃO. EXTINÇÃO DO MANDAMUS SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (CPC, ART. 267, IV E VI).

1. Recurso que não demonstra desacerto da decisão. 2. De acordo com a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal e do Eg. Superior Tribunal de Justiça, o manejo do Mandado de Segurança não é a via adequada para se pleitear a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei. 3. Tal vedação emerge consagrada da Súmula nº. 266 do C. STF que anuncia: "não cabe mandado de segurança contra lei em tese". 4. É, assim, inviável a utilização do *mandamus* para a discussão de lei em tese, mormente quando haja pretensão de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo como pedido autônomo, como na hipótese

dos autos. 5. Na espécie, decorre da declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Complementar estadual nº. 37, de 26 de novembro de 2003, em sede de *mandamus*, o pedido subsequente de redução da alíquota do ICMS sobre energia elétrica, que passaria da máxima de 27% para a genérica de 17%, o qual seria atendido pela decisão do Tribunal que concedesse a segurança. Agravo Regimental conhecido, mas desprovido. Decisão mantida.

(Agravo Regimental 930959200780600012; Relator(a): MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 6ª Câmara Cível; Data de registro: 10/05/2011)

Ementa: TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA E ICMS. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 266 STF. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

I- Conforme se percebe da inicial, a empresa impetrante, em momento algum, apontou qualquer ato concreto por parte do impetrado, limitando-se a sustentar a inconstitucionalidade da legislação estadual que trata da alíquota de energia elétrica, mais especificamente no que tange à suposta ofensa ao princípio da seletividade. II- Assim, a segurança, em caso de ser aqui concedida, ofenderia invariavelmente o entendimento mais que consolidado de que não cabe a utilização do *writ of mandamus* no combate à lei em tese, conforme a súmula nº 266 do Egrégio Supremo Tribunal Federal. III- Extinção do processo sem resolução de mérito. (Mandado de Segurança 40748762201080600010; Relator(a): FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Data de registro: 26/04/2011)

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. SELETIVIDADE. ESSENCIALIDADE DO SERVIÇO. PEDIDO DE declaração de inconstitucionalidade do disposto no art. 44, inciso I, alínea "a" da Lei Estadual nº 12.670/96, com redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 31/2003. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DA SÚMULA 266 DO STF. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO

LIMINAR. JULGAMENTO FINAL DO MANDAMUS. PREJUDICIALIDADE. Extinção sem resolução do mérito.

1. A via do mandado de segurança não se compatibiliza com a discussão de lei em tese, em razão do que dispõe a Súmula 266 do STF. 2. A inadequação da via eleita é patente, e portanto, merece extinção sem resolução do mérito. Precedentes deste egrégio Tribunal. 3. Pendente de apreciação pedido de reconsideração da decisão liminar, uma vez que houve julgamento final da lide, restou este prejudicado.

(Mandado de Segurança 1439106200980600000; Relator(a): HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MAXIMO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Data de registro: 25/08/2010)

Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA (CF, ART. 5º, LXIX). ICMS. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. ESSENCIALIDADE DA MERCADORIA OU DO SERVIÇO (CF, ART. 155, § 2º, INC. III). PEDIDO DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AMPARA A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA COM A INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA MÁXIMA DE 25%, PARA EFEITO DE OBTER-SE, COM O JULGAMENTO, SUA REDUÇÃO PARA ALÍQUOTA MENOR, DE 12%, OU, ALTERNATIVAMENTE, PARA A GENÉRICA DE 17%. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 266 DO C. STF. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO. INVIABILIDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º). CARÊNCIA DE AÇÃO. PRECLUSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. INSTÂNCIA ORDINÁRIA. JULGAMENTO EM CURSO. MATÉRIA SUCETÍVEL DE CONHECIMENTO EX OFFICIO (CPC, ART. 267, INCS. IV, V e VI, e § 3º). INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXTINÇÃO DO MANDAMUS SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (CPC, ART. 267, VI). ORDEM DENEGADA.

1. A preliminar de requisito de admissibilidade da tutela jurisdicional, relacionada com os pressupostos processuais ou com as condições da ação, como a legitimidade das partes, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, pode ser conhecida de ofício pelo julgador, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não concluído o julgamento do mérito, pois constitui matéria de ordem pública, como expressamente dispõe o art. 267, incs. IV, V e VI, e § 3º, do CPC, resistente à preclusão.

2. A hipótese é de mandado de segurança baseado no princípio da seletividade, em função da essencialidade da mercadoria ou serviço, previsto no art. 155, § 2º, inc. III, da Constituição Federal, onde o impetrante requer a segurança consistente: (a) no reconhecimento, incidental, por via de exceção, da inconstitucionalidade dos dispositivos legais que amparam a cobrança do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica e à prestação de serviços de comunicação na forma guerreada; (b) na redução da alíquota aplicada nas operações relativas ao fornecimento de energia e à prestação de serviços de comunicação, de 25% para 12% ou, alternativamente, para a alíquota genérica de 17%; (c) no reconhecimento de seu direito de aproveitar os créditos de ICMS, decorrentes do diferencial de alíquota pleiteado, durante o prazo prescricional de dez anos; (d) em que o crédito seja atualizado monetariamente pela SELIC, com juros moratórios e compensatórios até o limite legal; e (e) na vedação de quaisquer atos de retaliação por parte do Fisco Estadual, com expedição de certidão negativa de débitos fiscais.

3. De acordo com a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal e do Eg. Superior Tribunal de Justiça, o manejo do Mandado de Segurança não é a via adequada para se pleitear a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei.

4. Tal vedação emerge consagrada da Súmula nº. 266 do C. STF que anuncia: "não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

5. É, assim, inviável a utilização do *mandamus* para a discussão de lei em tese, mormente quando haja pretensão de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo como pedido autônomo, como na hipótese dos autos. O ora impetrante investe contra a legislação estadual do ICMS, para ver modificada pelo Judiciário, na decisão a ser proferida, como se fora na própria lei, a alíquota aplicada para o fornecimento

de energia elétrica e prestação de serviços de comunicação. Tem-se, assim, em verdade, pedido autônomo e principal no litígio, alcançando a lei em tese, com a necessidade de concepção, pelo órgão julgador, de nova norma substitutiva da impugnada. 6. Na espécie, decorre da declaração incidental de inconstitucionalidade da lei estadual atacada, em sede de *mandamus*, o pedido subsequente de redução da alíquota do ICMS sobre energia elétrica e comunicação, que passaria da máxima de 27% para 12% ou 17%, o qual seria atendido pela decisão do Tribunal que concedesse a segurança. 7. Tal pleito, todavia, importa em atuação normativa do Judiciário, violando o Princípio da Separação dos Poderes, previsto no art. 2º da Carta da República. 8. No mais, o mandado de segurança traduz pretensão de obtenção de efeitos financeiros de períodos pretéritos, relativos à aplicação da alíquota que combate, para efeito de aproveitamento de créditos, em contrariedade com as Súmulas 269 e 271, ambas do Colendo STF. 9. Segurança denegada, em virtude do reconhecimento da carência de ação pela inadequação da via eleita, o que enseja a extinção do writ, sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VI).

(Mandado de Segurança 4317248200380600000 ; Relator(a): MARIA CELESTE THOMAZ DE ARAGÃO; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Data do julgamento: 07/08/2008; Data de registro: 20/08/2009)

Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA (CF, ART. 5º, LXIX). ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. ESSENCIALIDADE DA MERCADORIA OU DO SERVIÇO (CF, ART. 155, § 2º, INC. III). PEDIDO DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº. 37/2003. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 266 DO C. STF. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO. INVIABILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CARÊNCIA DE AÇÃO. EXTINÇÃO DO *MANDAMUS* SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (CPC, ART. 267, IV E VI).

1. A hipótese é de mandado de segurança baseado no princípio da seletividade, em função da essencialidade da mercadoria ou serviço, previsto no art. 155, § 2º, inc. III, da Constituição Federal, onde a impetrante requer a segurança consistente: (a) na declaração e reconhecimento, *incidenter tantum*, por via de exceção, da inconstitucionalidade dos dispositivos legais que amparam a cobrança do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica com aplicação da alíquota máxima de 27% (vinte e sete por cento); b) na redução da alíquota do imposto aplicada para si nas operações relativas ao fornecimento de energia elétrica, da máxima de 27% para a genérica de 17%; c) na declaração de seu direito de aproveitar o crédito retroativo, decorrente do pagamento indevido, através da escrituração na escrita fiscal ou via transferência para terceiro, emitindo-se nota fiscal de ressarcimento dentro do prazo prescricional; e d) em que o crédito seja atualizado monetariamente pela SELIC, com incidência de juros moratórios e compensatórios com base no limite legal. 2. De acordo com a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal e do Eg. Superior Tribunal de Justiça, o manejo do Mandado de Segurança não é a via adequada para se pleitear a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei. 3. Tal vedação emerge consagrada da Súmula nº. 266 do C. STF que anuncia; "não cabe mandado de segurança contra lei em tese". 4. É, assim, inviável a utilização do *mandamus* para a discussão de lei em tese, mormente quando haja pretensão de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo como pedido autônomo, como na hipótese dos autos. 5. Na espécie, decorre da declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Complementar estadual nº. 37, de 26 de novembro de 2003, em sede de *mandamus*, o pedido subsequente de redução da alíquota do ICMS sobre energia elétrica, que passaria da máxima de 27% para a genérica de 17%, o qual seria atendido pela decisão do Tribunal que concedesse a segurança. 6. Tal pleito, todavia, importa em atuação normativa do Judiciário, violando o Princípio da Separação dos Poderes, previsto no art. 2º da Carta da República. 7. No mais, o mandado de segurança traduz pretensão de obtenção de efeitos financeiros de períodos pretéritos, relativos à aplicação da alíquota que combate, para efeito de aproveitamento de créditos, em contrariedade com as

Súmulas 269 e 271, ambas do Colendo STF. 8. Segurança denegada, em virtude do reconhecimento da inadequação da via eleita e carência de ação, o que enseja a extinção do writ, sem resolução do mérito (CPC, art. 267, incs. IV e VI). (Mandado de Segurança 2255358200780600000; Relator(a): HUGUETTE BRAQUEHAIS; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Data do julgamento: 31/07/2008; Data de registro: 20/08/2009)

Com base nestes argumentos, há de ser reconhecida a manifesta carência de ação por parte do impetrante, denegando-se, via de consequência, a segurança almejada.

DO EXPOSTO, conheço e dou provimento ao reexame necessário, reformando a sentença para denegar a segurança, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Sem honorários (art. 25, da lei 12.016/09)

É como voto.

Fortaleza, 26 de novembro de 2014.

PROCESSO Nº 0000194-59.2010.8.06.0049

APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE BEBERIBE

APELANTE: EMANUEL VELOZA FERNANDES

APELADO: ESPÓLIO DE MIGUELINA DE CASTRO CARVALHO,
REPRESENTADO POR MARIA VITÓRIA DE QUEIROZ SANTOS

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. REPRESENTAÇÃO JUNTO AO CONSELHO DE CLASSE (CREACE). ELABORAÇÃO DE TRABALHO TOPOGRÁFICO. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA, ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* E INÉPCIA DO RECURSO REJEITADAS. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. GARANTIA CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, INCISO I, DO CPC. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. RECURSO APELATÓRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

I – Entendendo o magistrado, a quem a prova é dirigida, que os elementos constantes dos autos bastam à formação do seu convencimento (arts. 130 e 131 do CPC), não há óbice ao julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC), evitando-se, assim, onerar as partes e retardar a prestação jurisdicional. Cerceamento de defesa não caracterizado.

II – A parte promovida, representada pela inventariante Maria Vitória de Queiroz, atuou em nome próprio, ao oferecer denúncia contra o autor junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Ceará - CREA, de sorte que é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda. Preliminar de Ilegitimidade passiva rejeitada.

III – Embora a apelação tenha sido endereçada a juízo diverso, o número do processo constante na petição recursal estava correto, tanto que o apelo foi juntado aos autos, possibilitando a apresentação de contrarrazões em tempo hábil. Ausência de prejuízo. Falha sanável. Preliminar afastada.

IV – O simples oferecimento de denúncia perante o Conselho de Classe do profissional, expressando a impressão da parte denunciante sobre a má-prestação de seus serviços, traduzindo exercício regular de um direito, não constitui, em si, abuso de direito ou ato ilícito, de modo que não pode embasar pleito de compensação por danos morais.

V – Desde que não haja abusividade por parte do declarante, é seu direito comunicar situação que considera anormal. Dever de indenizar inócurre.

VI – Analisando o conjunto probatório coligido nos autos, verifica-se inexistir qualquer ilicitude na conduta do demandado, ônus que competia ao autor, na forma do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

VI – Recurso conhecido, para rejeitar as preliminares recursais e contrarrecursais e, no

mérito, negar-lhe provido, mantendo a sentença em todos os seus termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em CONHECER do Apelo, para rejeitar as preliminares e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Apelo interposto por EMANUEL VELOZA FERNANDES, nos autos da Ação de Indenização por Dano Moral que move contra ESPÓLIO DE MIGUELINA DE CASTRO CARVALHO, representado por MARIA VITÓRIA DE QUEIROZ SANTOS, pois insatisfeito com a decisão do juízo da Vara Única da Comarca de Beberibe, fls. 180/183, que julgou improcedente o pedido contido na exordial, deixando de condenar o autor em custas processuais e honorários advocatícios, porquanto deferido o benefício da justiça gratuita.

Recorre o autor, fls. 185/202, sustentando, preliminarmente, nulidade da sentença por cerceamento de defesa, nos termos do art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, vez que não foi oportunizada a produção de prova testemunhal. Quanto ao mérito, informa que, em fevereiro de 2007, foi contratado por José Ademar de Lima e esposa, para realizar um trabalho topográfico, pretendendo com o mister, reconhecer a propriedade do casal, através de Ação de Usucapião. Acrescenta que, em 29 de setembro 2008, foi surpreendido com uma notificação do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Ceará – CREA (Ofício nº 002401/2008), dando ciência de denúncia proposta pelo Espólio de Miguelina de Castro Carvalho, bem como para apresentar, no prazo de 15 (quinze) dias, defesa por escrito. Destaca a gravidade das acusações falsas e injustas realizadas pelo réu, atribuindo ao apelante, a culpa de

ilícitos civis e criminais inexistentes, com objetivo de desacreditá-lo e desmoralizá-lo, colocando em dúvida, o seu profissionalismo e causando-lhe “frustração, sofrimento, depressão e meses de angustia.” Cientifica que a Câmara Especializada do CREA/CE, agindo com lisura e honestidade, determinou o arquivamento da denúncia, depois de julgá-la improcedente. Entende que a ausência de fundamento das acusações, reconhecida pelo Conselho responsável, determina a culpa do réu, resultando dano moral e prejuízo profissional o autor. Por fim, requer o provimento do apelo ao efeito de ver anulada a sentença, dando continuidade a ação, para ouvir as partes e suas testemunhas. Acaso assim não entenda, seja julgada procedente a demanda, reconhecendo o direito alegado e arbitrando-se verba a título de danos morais, com inversão dos ônus sucumbenciais.

Por sua vez, em contrarrazões, fls. 217/231, argui o apelado, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam* e inépcia do apelo, eis que destinado à Tribunal incompetente (Superior Tribunal de Justiça). Tratando-se da questão meritória, rebateu os argumentos do autor, requerendo, ao final, a revogação da justiça gratuita e o improvimento do recurso, vez carente de prova dos alegados danos.

Vieram-me conclusos para apreciação.

É o relatório.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

O recurso intentado objetiva a nulidade ou reforma da decisão de primeiro grau, com a inversão do ônus da sucumbência, versando sobre ação de indenização por danos morais.

Os pressupostos processuais foram atendidos, utilizado o recurso cabível, há interesse e legitimidade para recorrer, este é tempestivo e dispensado de preparo em razão dos benefícios da justiça gratuita concedidos, inexistindo fato impeditivo do direito recursal, noticiado nos autos.

Assim, verificados os pressupostos legais, conheço do recurso intentado para o exame das questões suscitadas.

PRELIMINARES

CERCEAMENTO DE DEFESA

Não há falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Primeiramente, sabe-se que o juiz é o destinatário da prova, não sendo mais uma figura inerte na condução do processo, podendo, para formar seu convencimento, determinar, até mesmo de ofício, a produção das provas que julgar devidas, bem como, indeferir outras que, a seu juízo, entender desnecessárias ou meramente protelatórias, como assim se deflui da exegese dos arts. 130 e 131 do Estatuto Processual Civil.

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Nesse sentido, colaciona-se:

“PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO - LEI MUNICIPAL DE DOAÇÃO DE TERRENO. CONDIÇÃO RESOLUTIVA. CUMPRIMENTO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO - PROVA. VALORAÇÃO. PRODUÇÃO DEFERIDA. APELO PROVIDO.

1. Trata-se de recurso de apelação cuja sentença julgou procedente a ação ordinária de cancelamento de escritura de doação de terreno em favor do Estado do Ceará que não teria cumprido condição resolutiva consistente na edificação de um ginásio no local. 2. Cabe ao magistrado a valoração da prova e da necessidade de sua produção em audiência. Artigo 330 CPC. Não afigura cerceamento de defesa se o Juiz considera despicienda a prova requerida.

Precedentes. 3. A inspeção judicial anulada por decisão desta Corte não pode servir de fundamento a qualquer decisão posterior, mormente se não foi repetida para operar sua revalidação. 4. Discussão acerca da condição resolutiva contida no corpo da lei municipal, pela qual os litigantes emitem afirmações contraditórias, remete à fase instrutória para a devida comprovação de seu cumprimento. RECURSO PROVIDO.”

(Apelação Cível nº 447502-28.2000.8.06.0000/0, Rel. Des. Francisco Auricélio Pontes, 2ª Câmara Cível, julgamento em 25/01/2013).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. NÃO INDICAÇÃO DE PROVAS. INDEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRELIMINAR REJEITADA. CIVIL. DIREITO AUTORAL. ÁLBUM CONTRAFEITO. MÚSICA SEM PERMISSÃO AUTORAL. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. LEI N. 5.988/73. INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

1. Preliminar em agravo retido ratificado em apelação aduzindo a ocorrência de cerceamento de defesa tendo em vista o julgamento antecipado realizado; 2. Recorrente que não indica a prova que pretende produzir e sua finalidade, tampouco se demonstrando prejuízo advindo do julgamento antecipado, imperando a máxima *pars de nullité sans grief*; 3. Sendo o juiz destinatário da prova, é seu dever julgar antecipadamente a lide quando não houver necessidade de produção probatória em audiência, sem que isso configure cerceamento de defesa. Precedentes. Agravo retido desprovido; 4. No mérito, aduz o recorrente que embora tenha se utilizado da música "Placa de venda" na produção do álbum da Banda Boi com Abóbora, não houve demonstração de dano aos autores da obra, o que conduziria ao improvido do pedido indenizatório; 5. Reparação do dano que se baseia no princípio do não enriquecimento ilícito, já que não demonstrou a gravadora, nem tampouco suscitou, a efetiva anuência dos artistas sobre o uso de sua música, sendo-lhes garantida a propriedade intelectual; 6. Fixação de primeiro grau em R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) que refoge aos padrões legais, mostrando-se necessária a adequação aos parâmetros da proporcionalidade entre as páginas musicais utilizadas e o valor obtido nas

vendas dos álbuns contrafeitos, que atingiu pouco mais de 5.500 (cinco mil e quinhentos) cópias, entre fitas K7, vinil e CD's 7. Apelo conhecido e provido em parte, para reduzir o quantum à proporção das vendas obtidas.” (Apelação Cível nº 38897-56.2003.8.06.0000/0, Rel. Des. Paulo Francisco Banhos Ponte, 1ª Câmara Cível, julgamento em 19/07/2012).

In casu, tenho que a aplicação do disposto no art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil, com o julgamento antecipado da lide, foi adequada, em face da desnecessidade de produção de prova testemunhal. Como se percebe pelos documentos trazidos, entendo suficientes para convencer o magistrado quanto às alegações de fato da causa. Por isso, segue rejeitada a preliminar.

ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

No presente feito, não merece êxito a primeira preliminar contrarrecursal, eis que o Espólio de Miguelina de Castro Carvalho, representado pela inventariante Maria Vitória de Queiroz, atuou em nome próprio, ao oferecer denúncia contra o autor junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Ceará - CREA, de sorte que é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

Vale destacar que o Engenheiro José Ésio dos Santos, apenas executou o levantamento topográfico contratado pela inventariante (Relatório Técnico de Inspeção), manifestando seu entendimento e conhecimento sobre o assunto. Sendo assim, atuou como mero profissional, cuja responsabilidade resume-se, apenas, em prestar as informações contratadas.

Acerca da legitimidade *ad causam*, oportuno trazer a lição dos insígnis juristas WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI, a qual se transcreve a seguir:

“Autor e réu devem ser parte legítimas. Isso quer dizer que, quanto ao primeiro, deve haver ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo. O autor, para que detenha legitimidade, em princípio deve ser o titular da situação

jurídica afirmada em juízo (art. 6º do CPC). Quanto ao réu, é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor.

Para que se compreenda a legitimidade das partes, é preciso estabelecer-se um vínculo entre o autor da ação, a pretensão trazida a juízo e o réu. Terá de ser examinada a situação conflituosa apresentada pelo autor. Em princípio, estará cumprido o requisito da legitimidade das partes, na medida em que aqueles que figuram nos polos opostos do conflito apresentado pelo autor correspondam aos que figuram no processo na posição de autor (es) e réus (s). Note-se que, para aferição da legitimidade, não importa saber se procede ou não a pretensão do autor; não importa saber se é verdadeira ou não a descrição do conflito por ele apresentada. Isso constituirá o próprio julgamento de mérito. A aferição da legitimidade processual antecede logicamente o julgamento do mérito.

Assim, como regra geral, é parte legítima para exercer o direito de ação aquele se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional, ao passo que será parte legítima, para figurar no polo passivo, aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito.”

(*In Curso Avançado de Processo Civil, Volume I, 9ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pp. 138/139.*)

Desta forma, deve ser afastada a presente preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

INÉPCIA DO RECURSO APELATÓRIO

Deve ser superada, ainda, a preliminar de não conhecimento da apelação, suscitada em contrarrazões pela parte promovida, sob a alegação de que o recurso foi dirigido a juízo incompetente.

Embora, de fato, o autor tenha endereçado o apelo ao Superior Tribunal de Justiça, fl. 187, e não ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, o número do processo constante na petição recursal está correto, o que possibilitou a juntada do recurso aos autos e não acarretou prejuízo à parte ré, que pôde apresentar as suas contrarrazões em tempo hábil.

Por esses motivos, frustrada a tese apontada na preliminar.

MÉRITO

O caso refere-se a pedido indenizatório decorrente de denúncia apresentada junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Ceará – CREA, formalizada pelo réu em relação ao autor, tendo por objeto apurar irregularidades cometidas na elaboração de trabalho topográfico. Dita representação, deu ensejo à instauração de procedimento administrativo, situação que entende ensejar a reparação pelos danos de ordem moral experimentados.

O pedido indenizatório foi julgado improcedente no primeiro grau, por isso recorre o autor, devolvendo toda a matéria à apreciação desta Corte.

O regime de responsabilidade civil incidente na hipótese, regula-se pelo disposto na regra geral do Código Civil, prevista no art. 186, combinado com o art. 927, ambos daquele Diploma. Sabe-se que o dano, mesmo o exclusivamente moral, deve guardar nexos de causalidade com um ato ilícito, caracterizado como sendo aquele praticado em desacordo com a norma jurídica, causando prejuízo a outrem. Portanto, para a própria ocorrência do dano, faz-se necessária a presença do ato ilícito ou abuso do direito, ressalvadas, obviamente, as hipóteses de responsabilidade objetiva e a responsabilidade por atos lícitos (que também é objetiva, mas que com aquela categoria não se confunde).

Contudo, saliento que a formalização da denúncia junto ao Conselho de Classe, assim como o direito de ação, consistem direitos subjetivos dos cidadãos, cuja previsão legal encontra-se prevista na Constituição Federal, nos termos do art. 5º, incisos XXXIV, alíneas “a” e “b”, e XXXV, da Carta Política. De tal modo que, “*a priori*”, não é possível vedar aos cidadãos acesso ao Poder Judiciário, nem aos órgãos públicos competentes para apuração de eventuais e supostas irregularidades.

Mutatis Mutandis, os ensinamentos do doutrinador Sérgio Cavalieri Filho, *in verbis*:

“Repetem-se com muita frequência ações de indenização por dano moral movidas por pessoas que, processadas penalmente, tiveram o inquérito arquivado ou foram

absolvidas pela Justiça Criminal por falta de provas. Nessa questão tenho me posicionado, com base na melhor doutrina e correta jurisprudência, no sentido de só ser possível responsabilizar civilmente o informante de um crime à autoridade policial se tiver agido com dolo, má-fé, propósito de prejudicar, ou ainda se a comunicação for absolutamente infundada, leviana e irresponsável.

E assim é porque o direito e o ilícito são antíteses absolutas – um exclui o outro: onde há ilícito não há direito; onde há o direito não pode existir ilícito.”

(In Programa de Responsabilidade Civil, 10ª Revista e Ampliada, Editora Atlas, 2012, p. 107).

Ou seja, nos termos da melhor doutrina, a responsabilização civil por denúncia/representação está condicionada à comprovação de dolo ou de evidente ausência do fato ou de fundamento para imputação da autoria (culpa grave), hipóteses em que haveria abuso de direito, na forma do art. 187 do Código Civil.

Sendo assim, assomo ao posicionamento de que a propositura de representação não constitui, em si, abuso de direito ou ato ilícito. De fato, a tão só apresentação de denúncia contra o autor junto ao órgão de classe (CREA) em virtude da insatisfação da parte quanto à sua atuação como perito, não poderia dar azo à pretensão indenizatória por dano moral, por se tratar do direito de livre manifestação do pensamento e de petição. O fato traduz-se, assim, no exercício regular de direito.

Na espécie, a inventariante possuía razão, ao menos em parte, na sua denúncia, vez que o autor, de fato, reconheceu o erro no trabalho topográfico (equivoco na digitação), apresentando esclarecimentos no processo que corre no juízo de Beberibe, fl. 46, transcrevendo, na oportunidade, *ipsis litteris*:

“(…) Passando neste ato ao MM Juiz, a informação de que a área constante tanto na ART do levantamento do Usucapião como do Laudo de Inspeção na Denúncia, constam de 38.422,16 metros quadrados (3,84 hectares), mas, se não fosse por engano na digitação no levantamento, deveriam ser exatos 39.422,16 m², que é o correto, daí o pedido de acerto no processo acima dito, dessa área que não é de 38.422,16m², mas sim 39.422,16m², visto que todas as

medidas do perímetro, continuam as mesmas, sem qualquer alteração ou formato, nas mesmas linhas da confrontação ou dos confinantes, tanto na placa como in loco, portanto, respeitando os limites já conhecidos.”

Dessa feita, afirmando que o réu agiu no regular exercício de um direito, os danos morais somente haverão de ser reconhecidos, em casos absolutamente excepcionais, que denotem má-fé por parte do denunciante, como numa situação de efetiva representação caluniosa ou difamatória, o que não ocorreu.

A denúncia protocolada junto ao CREA, fl. 44, deve, por isso, ser reproduzida:

“O Espólio de Miguelina de Castro Carvalho Ferreira, representado pela inventariante Maria Vitória de Queiroz Santos, por seu procurador ao fim assinado, conforme mandato anexo, vem respeitosamente REPRESENTAR contra o técnico em edificações, Sr. Emanuel Velozza Fernandes, CREA nº 32249-CE (?) ou CREA nº 05154-T-D (?) (ele se apresenta com dois registros), brasileiro, casado, ele topógrafo (?), domiciliado e residente à Rua João Camelo, 188, no município de Beberibe, tendo em vista os fatos e fundamentos a seguir expostos, requerendo a pronta e eficaz providência desse Conselho Regional, face à gravidade das irregularidades que vêm sendo cometidas por esse técnico, especialmente no município de Beberibe. O representado, Emanuel Velozza Fernandes, segundo o **Relatório de Inspeção Topográfica** anexo, cometeu vários ilícitos, cíveis e criminais, ao elaborar e usar, judicialmente, um levantamento topográfico inadequado e tecnicamente imperfeito.

Ao final do referido relatório, concluiu-se que a Câmara de Agrimensura do CREA-CE, deveria anular a ART e convocar o citado profissional para responder pelos crimes cometidos.

Tratando-se de material utilizado em demanda judicial, tramitando na Comarca de Beberibe – processo 2007.0031.9041-0/0, em nomes de José Ademar de Lima – solicita o Espólio representante, que as providências e conclusões tomadas, sejam imediatamente comunicadas ao Juízo singular daquela Comarca, no mais breve espaço de

tempo tecnicamente possível, dando ciência, também, ao advogado do Espólio, no endereço especificado abaixo.”

Assim, não houve abalo à moral do autor, nem tampouco à sua dignidade, máxime considerando que o procedimento administrativo, na espécie, ocorre mediante sigilo, *interna corporis* (art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil).

Atualmente percebe-se uma verdadeira banalização dos danos morais, utilizando-se de qualquer irritação da vida cotidiana como fundamento para pleiteá-los. Por isso, devem se restringir àquelas situações em que há dor, sofrimento, angústia, sob pena de banalizá-los, afetando sua natureza compensatória aos reais abalos psicológicos para se tornar uma forma de fácil enriquecimento.

Na realidade, infere-se haver o demandante suportado apenas inconvenientes normais e inerentes no trato negocial, não vejo como se possa reconhecer o alegado dano moral.

Finalmente, convém registrar que se mostra inviável a pretensão de reforma do julgado monocrático veiculada em contrarrazões, referente a revogação da justiça gratuita, havendo para esse desiderato, previsões legais específicas.

Ante o exposto, conheço do apelo, para rejeitar as preliminares recursais e contrarrecursais e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo a sentença em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 3 de novembro de 2014.

PROCESSO: 0002385-09.2000.8.06.0088 - REEXAME NECESSÁRIO
AUTOR: ANTÔNIO CARLOS LEMOS
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA
DE IBICUITINGA
RÉU: PREFEITO MUNICIPAL DE IBICUITINGA
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. EXONERAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PORTARIA. REINTEGRAÇÃO. REAPRECIÇÃO DESMOTIVADA DOS EVENTOS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. SÚMULAS Nº 20 E 21 DO STF. CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO. PRECEDENTES DO TJ/CE.

1. Através da Portaria nº. 318/2005, de 03 de agosto de 2005, o Impetrante foi reintegrado ao serviço público. Contudo, através da Portaria nº. 05.04.003/2009, de 04 de maio de 2009, foi instaurado Processo Administrativo Disciplinar nº. 003/2009 em face do funcionário público, culminando na sua demissão.

2. A Portaria nº. 05.04.003/2009 efetivou a reiteração da apreciação aos eventos, já examinados pela Administração, revolvendo o conjunto fático-probatório de modo desmotivado e revertendo o mérito da conclusão anteriormente firmada na Portaria nº. 318/2005, a qual reintegrou o Autor da presente lide.

3. O processo administrativo disciplinar deve

oportunizar o contraditório e ampla defesa, corolários do devido processo legal, verdadeira garantia processual a ser observada por quaisquer litigantes no Estado Democrático de Direito, proteção que não fora observada no caso em tablado.

4. O ato administrativo que excluiu o servidor inobservou as regras mínimas para demissão de funcionários, inteligência dos enunciados das súmulas da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal nº. 20 e 21.

5. Acolhe-se, no caso vertente, o controle jurisdicional do processo administrativo elaborado pelo Município de Ibicuitinga, devendo a atuação do Poder Judiciário circunscrever-se, somente, ao campo da regularidade do procedimento e legalidade do ato demissionário, obstando-se o cometimento de ilegalidade ou abuso de poder.

6. Remessa oficial conhecida e improvida. Manutenção da ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, ACORDAM os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Cível em conhecer e negar provimento ao Reexame Necessário nº. 0002385-09.2000.8.06.0088, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 21 de maio de 2014

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário em Mandado de Segurança, remetido pelo Exmo. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de

Ibicuitinga, o qual concedeu o *writ* a Antônio Carlos Lemos, determinando a reintegração do mesmo ao quadro de servidores da Prefeitura Municipal de Ibicuitinga.

Em suas razões prefaciais (fls. 03/09), o Autor alega, preliminarmente, subsistir prescrição do direito da Edilidade em apurar, através de processo administrativo, o alegado abandono do cargo por ausência injustificada do Servidor.

No mérito, dispõe ter sido nomeado e empossado em certame junto ao Poder Executivo Municipal para o cargo de auxiliar geral, nos idos de 02 de fevereiro de 1998. Afirma que a creche, na qual se encontrava lotado, foi fechada por questões administrativas, permanecendo sem um ajuste de sua situação funcional por alongado lapso temporal. Assevera que o ato administrativo encontrava-se eivado de nulidade, vez que não seguiu o procedimento regular para efetivar a demissão do Impetrante. Narra que através da Portaria nº. 318/2005, o servidor foi reintegrado as suas funções e, somente em 04/05/2009, foi instaurado novo processo administrativo o qual culminou com a exoneração do mesmo, conforme decisão datada de 04/11/2009.

Aduz não subsistirem elementos a caracterizar abandono de cargo, mas somente persistir ato ilegal da Administração Pública que o manteve afastado de suas funções indevidamente. Destaca a admissibilidade do *mandamus*, devendo ser-lhe assegurado o direito líquido e certo de permanecer no cargo, obstando-se ato ilegal e abusivo da Edilidade.

Ao término, pleiteia o reconhecimento da prescrição da Administração Pública em agir, face a inércia por mais de 5 (cinco) anos do pretenso afastamento do Autor. No mérito requer a concessão do remédio constitucional para que seja determinada a sua reintegração imediata, em decorrência da responsabilidade do Prefeito do Município de Ibicuitinga em manter o Requerente arreadado de seu cargo de forma ilegal.

Documentos às fls. 10/88.

Decisão interlocutória às fls. 90/92 concedeu liminarmente a segurança requestada, ordenando a reintegração imediata do Sr. Antônio Carlos Lemos.

Manifestação do Município de Ibicuitinga (fl. 99) informa o cumprimento da determinação judicial.

Às fls. 102/103, o Município comunica a interposição de Agravo de Instrumento.

Informações prestadas pela autoridade coatora, às fls. 115/122.

Parecer do Ministério Público, fls. 143/147.

A reitora do feito, MM^a. Juíza da Vara Única da Comarca de Ibicuitinga, prolata sentença, às fls. 149/152, em que julga procedente o *writ*, concedendo a ordem pleiteada de modo a anular o ato impugnado, ordenando a reintegração definitiva do servidor ao cargo anteriormente ocupado. Na oportunidade, remete a decisão a apreciação da Instância *ad quem*.

Nesta sede recursal, instado a se manifestar no feito, o douto representante do *Parquet*, Dr. João Batista Aguiar, opina pela manutenção da sentença recorrida, e a consequente improcedência do recurso *ex officio* (fls. 180/189).

Inexistindo revisão na espécie, em conformidade com art. 34, §3º, do RITJCE, remetam-se os autos à Presidência da 2ª Câmara Cível, para fins de inclusão na primeira pauta, de acordo com art. 33, II, do RITJCE.

Expedientes de estilo.

VOTO

Cuida-se de decisão proferida em Mandado de Segurança, sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 475, inciso I, do Estatuto Cível Adjetivo.

O cerne da discussão posta ao exame desta Corte versa sobre o ato administrativo – Portaria nº. 05.04.003/2009 – que aponta a ausência injustificada do servidor Antônio Carlos Lemos ao seu posto de trabalho.

O Impetrante qualificava-se como servidor público municipal, ocupando o cargo de auxiliar de serviços gerais (AJ-0068) tendo sido nomeado e empossado em 02 de fevereiro de 1998 (fl. 13). Através da Portaria nº. 318/2005, de 03 de agosto de 2005, o aludido servidor foi reintegrado ao serviço público. No entanto, em 04 de maio de 2009, através da Portaria nº. 05.04.003/2009, foi instaurado Processo administrativo disciplinar nº. 003/2009 em face do funcionário público, culminando na sua demissão.

Conforme bem detalhado na sentença, a Portaria nº. 318/2005 que determinou a reintegração do Impetrante alude aos mesmos fatos que ensejaram a abertura do pretérito processo disciplinar. Conclui-se que a Portaria nº. 05.04.003/2009 efetivou a reiteração da apreciação aos eventos, já examinados pela Administração, revolvendo o conjunto fático-probatório de modo desmotivado e revertendo o mérito da conclusão anteriormente firmada na Portaria nº. 318/2005, a qual reintegrou o Autor da presente lide.

Ademais, observa-se que o processo administrativo disciplinar deve oportunizar o contraditório e ampla defesa, corolários do devido processo legal, verdadeira garantia processual a ser observada por quaisquer litigantes no Estado Democrático de Direito, proteção que não fora observada no caso em tablado.

Trancreve-se trecho do elucidativo parecer elaborado pelo douto representante do *Parquet*, Dr. João Batista Aguiar, fl. 185:

"É mister realçar que qualquer ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, baixado em desconformidade com os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal, ou em desobediência aos pressupostos de constituição e validade do ato (competência, finalidade, forma, motivo e objeto) ou mesmo em desrespeito aos demais princípios constitucionais atinentes, como a ampla defesa e o devido processo legal, encontra-se eivado de nulidade, passível de ser sanado judicialmente, em sede de controle externo, como corolário do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário".

O ato administrativo que excluiu o servidor inobservou as regras mínimas para demissão de funcionários, inteligência dos enunciados das súmulas da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal nº. 20 e 21:

Súmula nº 20, STF - 13/12/1963 - É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.

Súmula nº 21, STF - 13/12/1963 - Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.

Diversos precedentes deste Tribunal de Justiça seguem em sentido análogo:

Ementa: REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO VOLUNTÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO SEM PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. SENTENÇA QUE DECLAROU A NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO E DETERMINOU O RETORNO DO SERVIDOR AO SERVIÇO PÚBLICO. SENTENÇA MANTIDA.

(TJCE, Apelação 3394415200480600000, Relator(a): EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE, Comarca: Fortaleza, Órgão julgador: 1ª Câmara Cível, Data de registro: 18/11/2011).

Ementa: Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL SEDE DE AÇÃO ORDINÁRIA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR O PRESENTE FEITO. REJEIÇÃO. EXONERAÇÃO SUMÁRIA DE SERVIDORES ADMITIDOS POR CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 20 DO STF. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. ILEGALIDADE. PRECEDENTES DO TJ/CE. RECURSO CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO.

I. Preliminarmente, a municipalidade apelante suscitou a incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual, sob o argumento de que cabia à Justiça do Trabalho processar e julgar o feito ora em vertente, na medida em que as promoventes/recorridas não manteriam relação jurídica regida pelo Estatuto do Servidor Municipal (Lei nº. 206/92), porquanto não teria ocorrido a publicação no Diário Oficial da integralidade da Lei instituidora do Regime Jurídico

Único dos Servidores do Município de São Luís do Curu/CE.

II. No entanto, segundo já firmou a jurisprudência desta eg. Corte Julgadora, por força expressa da Lei Orgânica do Município apelante, em seu artigo 93, a Lei Municipal terá plena validade se for publicada em órgãos da imprensa local ou mesmo através de afixação na sede da Prefeitura ou da Câmara Municipal, sendo que a concretização de qualquer desses requisitos torna a lei apta a ser aplicada. Com efeito, conquanto a Lei Municipal nº. 206/92 não tenha sido integralmente publicada no Diário Oficial do Estado, esta certamente passou a ter vigência com a mera publicação oficial de sua ementa, na medida em que a norma atingiu seu objetivo principal, qual seja, dar conhecimento à população do Município de São Luís do Curu/CE que, daquele momento em diante, os seus servidores públicos estariam sendo regidos por um estatuto.

III. Destarte, aplicável ao caso a Súmula nº 137 do Superior Tribunal de Justiça, que estatui: "competete a justiça comum estadual processar e julgar ação de servidor publico municipal, pleiteando direitos relativos ao vinculo estatutário.". Preliminar rejeitada.

IV. Quanto ao *meritum causae*, tendo o apelante homologado o concurso público, nomeado, empossado e dado exercício às recorridas, não pode esse, através de ato unilateral, anular o certame e declarar sem efeito as nomeações, sem que seja realizado o devido processo administrativo, sob pena de restarem maculadas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV, CF/88). Ademais, segundo já pacificou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, através da Súmula nº 20 daquela Corte: "É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso".

V. Com efeito, o ato administrativo exarado pela municipalidade apelante que exonerou sumariamente as recorridas violou os princípios do due process of law, do contraditório e da ampla defesa, não merecendo, portanto, reproche o provimento jurisdicional vergastado que determinou a reintegração destas aos seus respectivos cargos. Precedentes do TJ/CE. VI. REMESSA OBRIGATÓRIA E RECURSO APELATÓRIO CONHECIDOS, MAS IMPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

(TJCE, Apelação / Reexame Necessário

100256200080601651, Relator(a): FRANCISCO SALES NETO, Comarca: Fortaleza, Órgão julgador: 1ª Câmara Cível, Data de registro: 11/10/2011) (grifos nossos).

Dessa feita, acolhe-se, no caso vertente, o controle jurisdicional do processo administrativo elaborado pelo Município de Ibicuitinga, devendo a atuação do Poder Judiciário circunscrever-se, somente, ao campo da regularidade do procedimento e legalidade do ato demissionário, obstando-se o cometimento de ilegalidade ou abuso de poder.

Do exposto, CONHEÇO da presente remessa oficial, porém NEGO-LHE PROVIMENTO, mantendo integralmente a ordem concedida no sentido de anular o ato administrativo demissionário e ordenar ao Município Impetrado que reintegre definitivamente o servidor no cargo anteriormente ocupado.

É como voto.

Fortaleza, 21 de maio de 2014

APELAÇÃO N. 0026554-54.2005.8.06.0001

APELANTE: FRANCISCO EDIANO RIBEIRO DE SOUSA

APELADO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA

RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: CIVIL. PROCESSO CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSOS VOLUNTÁRIOS E REEXAME. ACIDENTE DE TRÂNSITO. BUEIRO ABERTO EM VIA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ENTE PÚBLICO. DANOS MATERIAIS. DEMONSTRAÇÃO DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULABILIDADE. SÚMULA 387/STJ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS VOLUNTÁRIOS E REEXAME CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. O autor da ação sofreu acidente de trânsito ao trafegar em rua municipal não sinalizada, vindo a cair em um bueiro aberto, sofrendo danos materiais, quebra de ossos da face, redução dos sentidos (paladar e olfato), com conseqüente diminuição de sua capacidade laborativa e dano estético;

2. Sentença de procedência dos pedidos indenizatórios combatida por ambas as partes, em pedidos contrapostos de redução e aumento dos valores aplicados, além da suscitação do ente público quanto a ausência de demonstração de culpa no evento;

3. Demonstrados o dano e o nexó causal, tem espaço o dever de indenizar, sendo objetiva

- a responsabilidade estatal por acidentes decorrentes da má conservação das vias públicas;
4. Danos materiais limitados às despesas efetivamente demonstradas, além de lucros cessantes decorrentes da redução da capacidade laborativa reflexa da diminuição permanente de sentido. Fixação em 1/3 do salário mínimo vigente à época do acidente à míngua de demonstração oficial de vínculo empregatício formal, com correção nos termos da Súmula 490 do STF;
5. Danos morais e estéticos fixados em 50 (cinquenta) salários mínimos, cada um, à época do evento, mostrando-se adequado e razoável à extensão das sequelas, plenamente possível sua cumulação, nos termos da súmula 387 do STJ.
6. Recursos voluntários e reexame necessário conhecidos e desprovidos. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Eg. Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer dos recursos para negar-lhes provimento, a fim de manter *in totum* o *decisum a quo*, de acordo com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Da ação

Na origem tratava-se de ação ordinária de reparação de danos decorrentes de acidente automobilístico sofrido pelo autor por omissão da prefeitura de Fortaleza por deixar de sinalizar um bueiro aberto no meio da via pública.

Da sentença

Sentença às fls. 340/344 julgando parcialmente procedente os pleitos condenatórios de danos materiais e morais.

Das razões recursais

Ambas as partes recorreram da r. decisão. Em suas razões de fls. 349/377, sustenta o apelante FRANCISCO EDIANO RIBEIRO DE SOUSA a ocorrência de *erro in judicando* pela deficiente análise da prova dos autos, mormente a relativa aos danos materiais, que não foram devidamente contemplados na sentença.

Prossegue reafirmando a necessidade de indenização dos danos morais e estéticos, que embora tenha restado condenada a municipalidade, entende de pequena monta frente ao contexto fático e econômico dos autos.

Por seu turno, o MUNICÍPIO DE FORTALEZA apresentou insurgência às fls. 379/391 aduzindo a necessidade de reforma do *decisum a quo* por não detectar, *in casu*, qualquer comportamento desidioso imputável sobre o fato narrado na exordial, sendo-lhe impossível a plena guarda dos bueiros e boca de lobo da cidade.

Aponta, ainda, a ausência de demonstração quanto os danos estéticos já que não houve laudo médico que os atestasse, o mesmo se podendo dizer quanto à vacuidade probatória dos danos morais.

Reclama, por derradeiro, contra a condenação imposta em razão da deformidade permanente e impossibilidade laboral, bem como a exorbitância dos valores arbitrados.

Do pedido de nova decisão

Requerem ambos os apelantes a reforma da decisão, em pedidos contrapostos, o particular para o aumento da condenação imposta, a municipalidade pelo reconhecimento de ausência de culpa ou, alternativamente, pela redução do *quantum* indenizatório.

Dos efeitos da apelação

Apelação recebida em ambos os efeitos (fl. 392).

Das contrarrazões

Manifestando-se às fls. 395/418, sobrevieram as contrarrazões do particular sobre o apelo da municipalidade, ressaltando a responsabilidade objetiva do Estado sobre os danos decorrentes de falha na prestação dos serviços públicos, aí incluso os de fiscalização dos passeios públicos, sendo inviável a tese de inexistência de culpa sobre o evento danoso sofrido pelo autor da ação.

Ressalta haver demonstrado de forma cabal as determinantes da responsabilidade civil, tendo agido com acerto a d. magistrada de piso ao acolher o pleito indenizatório formulado.

Pugna, por fim, pelo desprovimento do recurso.

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA não apresentou contrarrazões, embora devidamente intimado (fl. 394).

Dos pontos controvertidos do recurso (art. 549, §único, do CPC)

São pontos controvertidos:

A responsabilidade do MUNICÍPIO DE FORTALEZA sobre o evento danoso objeto da ação;

A extensão dos danos materiais;

A fixação dos danos morais.

Da intervenção ministerial (art. 82 do CPC)

Jungidos todos os elementos da sublevação recursal, manifestou-se a d. Procuradora de Justiça às fls. 433/440 pelo conhecimento dos recursos, mas para serem desprovidos, mantendo-se na inteireza a r. sentença de piso.

É o relatório.

Da revisão

Nos termos do art. 551, *caput*, e por não se tratar de nenhum dos casos do §3º, encaminhado à d. Revisão.

VOTO

Pressupostos de admissibilidade

Recursos que atendem aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade e cabimento, dos quais tomo conhecimento.

Meritum causae

De início, cumpre anotar que o fato objeto da ação restou incontroverso, tanto pela peça contestatória como pelo teor do recurso do ente público, limitando-se o apelo aos pontos controvertidos suso indicados.

No que tange a responsabilidade da municipalidade, é certo que o acidente do qual restou vítima o autor/apelante se sucedeu em decorrência de um bueiro aberto na via pública nominada de rua José Mendonça, bairro Genibaú, nesta Capital.

Convém salientar ser objetiva a responsabilidade da municipalidade quanto o dever de zelar pela conservação e pavimentação das vias públicas, fundada no § 6º, do artigo 37 da Constituição Federal. Nesse sentido, confira-se o posicionamento pretoriano:

Constatado que o acidente somente ocorreu por culpa do Município, que foi **negligente ao deixar de conservar e sinalizar via pública**, resta configurado o nexo de causalidade entre sua omissão e o dano sofrido pelo Município e o dever de ressarcir os danos daí advindos. (TJSC - Apelação Cível n. 2008.032372-0, de Joinville, rel. Des. Cid Goulart, j. Em 6.7.2010)

Tal ponto não há como ser dirimido pela suscitação de comprovação da *culpa* feita no apelo do ente público, até porque tal questão se mostra inovação recursal, jamais tendo sido ventilada no decorrer da instrução processual.

Somente se mostraria pertinente tal questão, em análise forçosa pela via do reexame necessário imposto no *decisum*, acaso aparente a imputação de culpa exclusiva do lesado, o que não é o caso.

Resta ao lesado/vítima, tão somente, a demonstração do dano e o nexa causal. Isso porque, conforme a doutrina de SÉRGIO CAVALIERI FILHO, o nexa de causalidade é sempre requisito indispensável à configuração do dever de indenizar, *in verbis*:

“A rigor, é a primeira questão (nexa causal) a ser enfrentada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil. Antes de decidirmos se o agente agiu ou não com culpa teremos que apurar se ele deu causa ou resultado. E assim é por uma questão de lógica elementar: ninguém pode responder por algo que não fez, de modo que não tem o menor sentido examinar culpa de alguém que não tenha dado causa ao dano.

[...]

Vale dizer, não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. **É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito.** [...]”

(FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. Ed. Atlas, São Paulo. p. 65)

Ainda sobre o tema, de importante registro o entendimento de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO para quem “o fato de ser o Estado sujeito à teoria da responsabilidade objetiva não vai ao extremo de lhe ser atribuído o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo o que acontece no meio social. É essa a razão do repúdio à denominada teoria do risco integral, que, como já vimos, é injusta, absurda e inadmissível no direito moderno.” (Manual de Direito Administrativo, 14ª ed., Ed. Lúmen Júris, 2005. p. 449)

Prossegue o renomado doutrinador em arremate ao entendimento esposado:

Para que se configure a responsabilidade do Estado, é necessário que seja verificado o comportamento do lesado no episódio que lhe provocou o dano.

Se o lesado em nada contribuiu para o dano que lhe causou a conduta estatal, é apenas o Estado que deve ser civilmente responsável e obrigado a reparar o dano.

Entretanto, pode ocorrer que o lesado tenha sido o único causador de seu próprio dano, ou que ao menos tenha contribuído de alguma forma para que o dano tivesse surgido. No primeiro caso, a hipótese é de autolesão, não tendo o Estado qualquer responsabilidade civil, eis que faltantes os pressupostos do fato administrativo e da relação de causalidade. O efeito danoso, em tal situação, deve ser atribuído exclusivamente àquele que causou o dano a si mesmo. (ob. cit., loc. cit)

Há, no caso dos autos, inegável nexos causal entre a conduta (omissão) do município na má conservação da via pública e os danos sofridos pela vítima, ultrapassada tal questão, sendo de rigor a responsabilidade imputada, conforme entendimento pretoriano, a saber:

INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL-DANOS MATERIAIS E MORAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO -OBSTÁCULO EM VIA PÚBLICA - CAUSA DO ACIDENTE - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA AFASTADA. - Havendo demonstração de que o Município agiu com negligência, no que pertine à ausência de sinalização preventiva e da prática de atos que viessem a avisar aos motoristas sobre a existência de obstáculo em via pública, consistente em um elevado monte de terra na pista automotiva, exsurge a sua obrigação de reparar os danos materiais e morais, advindos da queda da vítima de sua motocicleta, em decorrência de culpa da Municipalidade. (TJ-MG - AC: 10261130048190001 MG , Relator: Duarte de Paula, Data de Julgamento: 29/05/2014, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 04/06/2014)

Os danos materiais foram arbitrados em vista da efetiva comprovação nos autos. De fato, é entendimento assente que os lucros cessantes devem ser demonstrados, não bastando a sua alegação. No

caso em tela, o autor/apelante se disse prejudicado pela redução de sua capacidade laborativa decorrente da “debilidade permanente da função mastigatória e dos sentidos do olfato e paladar” (fl. 343).

É inegável que a redução de função ou sentido humano é fator determinante para seu reflexo na capacidade laborativa. Com efeito, agiu bem a magistrada de piso ao fixar proporcionalmente a redução frente ao salário mínimo, uma vez que a remuneração do autor restou não atestada por meio oficial. Nesse sentido:

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL DA AUTORA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - QUANTIA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL - DESCABIMENTO - DESCONTO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO SOBRE O PENSIONAMENTO MENSAL - INDEVIDO - AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO A RENDA MENSAL DA VÍTIMA - FIXAÇÃO EM UM SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DA SENTENÇA - SOBREVIVÊNCIA DA VÍTIMA - PAGAMENTO EM PARCELA ÚNICA - INVIABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Se o valor indenizatório atendeu aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser mantido. A percepção de benefício previdenciário não exclui o pagamento de pensão mensal como ressarcimento por incapacidade decorrente de ato ilícito. **Na impossibilidade de demonstração da renda mensal do autor, o parâmetro de um salário mínimo por mês é absolutamente adequado diante dos precedentes deste Tribunal, e da própria Constituição Federal (artigo 7º, inciso VII).** No caso de sobrevivência da vítima, não é razoável o pagamento de pensionamento em parcela única, diante da possibilidade de enriquecimento ilícito, caso o beneficiário faleça antes de completar sessenta e cinco anos de idade.

(TJ-MS - APL: 00516471720068120001 MS 0051647-17.2006.8.12.0001, Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Data de Julgamento: 01/04/2014, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07/04/2014)

O reajuste da pensão deve ser dar nos termos da Súmula 490/STF, até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, tudo em atenção à norma civil (art. 950).

A indenização dos danos materiais restou impugnada por ambas as partes. Contudo, entendo ser o caso de manutenção do *decisum* nos termos nele proferidos. O arbitramento foi consentâneo à realidade econômica das partes envolvidas e à extensão dos danos suportados. No que pese a cumulabilidade dos danos morais e estéticos (súmula 387/STJ), se afigura correta a bipartição como formulada na exordial e acolhida na sentença de primeiro grau, sendo notório nos autos o lastro danoso alvejado sobre o autor da ação. Dessa forma, e em igual sentido, colhe-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CULPA RECONHECIDA EM OUTRA DEMANDA. COISA JULGADA. DANO MORAL, MATERIAL E ESTÉTICO.

- A coisa julgada consiste no fenômeno de natureza processual pelo qual se torna firme e imutável a parte decisória da sentença, a fim de garantir-se a efetividade do princípio da segurança jurídica. Assim, tendo a culpa pelo acidente sido reconhecida judicialmente em outra demanda, já transitada em julgado, não há que se falar em reapreciação da matéria pelo Poder Judiciário. - Na moderna concepção doutrinária os danos morais estão presentes, via de regra, em qualquer lesão à subjetividade da pessoa nas situações que vivencia cotidianamente, pois visam tutelar o respeito à dignidade humana. - **O valor do dano moral deve ser fixado conforme os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. - Os danos morais e estéticos, são cumuláveis, nos termos da Súmula 387 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.** - O dano material necessita ser cabalmente demonstrado de forma a ser ressarcido.

(TJ-MG - AC: 10558100005484001 MG , Relator: Alexandre Santiago, Data de Julgamento: 26/06/2014, Câmaras Cíveis / 11ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/07/2014)

Analizados todos os pontos dos recursos, temos, em resumo:

A responsabilidade do Município deve ser mantida, eis que se afigura a modalidade objetiva;

Os danos materiais devem ser limitados aos efetivamente demonstrados, mantendo-se o pensionamento proporcional aplicado em primeiro grau;

Danos morais e estéticos devidamente sopesados e mantidos, adequadamente cumulados.

Do dispositivo

ISSO POSTO, conheço dos recursos e do reexame necessário para deles conhecer, mas para desprovê-los, mantendo-se na íntegra o *decisum* objurgado.

É como voto.

Fortaleza, 9 de fevereiro de 2015.

PROCESSO: 0031877-06.2006.8.06.0001. APELAÇÃO.

APELANTE: FRANCISCA MARIA MAIA.

APELADA: CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO NORDESTE DO BRASIL (CAPEF).

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO APELAÇÃO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. DESCONTO INCIDENTE NA COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. MORTE DO DEVEDOR DE ALIMENTOS. EXTENSÃO DA OBRIGAÇÃO AOS BENEFICIÁRIOS DA PENSÃO POR MORTE. IMPOSSIBILIDADE. NOVA SITUAÇÃO JURÍDICA. INOCORRÊNCIA DE PREVISÃO PARA PAGAMENTO DE BENEFÍCIO A EX-CÔNJUGE. RECURSO DESPROVIDO.

1- A natureza contratual da previdência privada impõe que sejam observados os ditames do pacto firmado entre o participante e a entidade que administra o plano. Não há confundir-se a obrigação de prestar alimentos com o direito à pensão por morte não decorrente da previdência social – cujas contribuições são obrigatórias – mas de plano complementar – privado e facultativo.

2- Inexiste fundamentação legal para a extensão do benefício à apelante ex-cônjuge, porquanto o Regulamento do Plano não a contempla como beneficiária em face da precedência do cônjuge supérstite e do filho menor do participante. O dever de pensionamento a ex-cônjuge deriva da obrigação de mútua assistência que continua

mesmo depois da extinção do casamento, considerando-se haver manifestação de vontade das partes em zelar pela saúde e bem-estar um do outro, mas que finda com a morte. “A obrigação alimentar é personalíssima e, portanto, intransmissível. Falecendo o alimentante, ela desaparece” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: família, sucessões*. Volume 5. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012).

3- Não se pode alargar a obrigação de prestar alimentos, cuja razão de existir encontra-se no valor solidariedade, para terceiros que não têm vínculo afetivo com a apelada.

4- Não havendo previsão contratual para o pagamento de benefício previdenciário por morte do participante de plano de previdência complementar a ex-cônjuge, em prejuízo da ordem regulamentar de preferência do cônjuge sobrevivente e de seu filho, então menor, nem tampouco o determinando a Lei 8.213/1991, cujas hipóteses servem apenas aos planos de benefícios da Previdência Social, não se pode impor aos litisconsortes o dever de prestar alimentos à apelante nos moldes determinados na sentença homologatória do acordo nos autos do divórcio que extinguiu o vínculo matrimonial entre aquela e o falecido associado.

5- Apelação conhecida e desprovida.

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 apelo para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 4 de maio de 2015.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Francisca Maria Maia, ante a sentença da Juíza de Direito Ana Luiza Barreira Secco Amaral, da 9ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, na qual, em sede de ação ordinária de preceito cominatório proposta contra Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Nordeste do Brasil (CAPEF), revogou a medida liminar anteriormente deferida e julgou improcedente o pedido, por entender que a pensão por morte deixada por seu falecido ex-marido assiste à beneficiária por aquele indicada no plano de previdência privada complementar, *in casu*, ao cônjuge supérstite (p. 750-752).

Embargos de declaração às p. 758-775, contra-arrazoados às p. 782-789, mas desprovidos à p. 797.

Em razões recursais (p. 802-817), requer a apelante torne-se a conceder em seu favor provimento antecipatória (outrora cassado na sentença), nos termos do art. 558, CPC, para incluí-la como beneficiária da pensão por morte deixada por seu ex-marido José Soares dos Santos, em igualdade de condições com a viúva e o filho (então menor), no montante correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor do benefício.

No MÉRITO, argumenta a contrariedade da sentença à prova dos autos e à legislação, explicitando ter recebido 35% (trinta e cinco por cento) da aposentadoria do ex-marido, decorrente de acordo em sede de ação de divórcio, até fevereiro de 2006, mês anterior ao falecimento do alimentante (cf. certidão de óbito à p. 540), a partir de quando a CAPEF suspendeu o pagamento.

Aponta que o Regulamento da CAPEF, contraria o art. 76, § 2º, da Lei 8.213/1991 (que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social).

Refere a apelante que a distinção assentada na decisão recorrida entre aposentadoria privada e pensão previdenciária não importa no caso concreto, uma vez que se trata dos efeitos financeiros de uma homologação judicial de acordo nos autos de ação de divórcio, equivalente

a 35% (trinta e cinco por cento) dos proventos de aposentação do falecido, da qual não pode prescindir para o seu sustento e o de seus filhos (maiores).

Cita precedente deste Tribunal (AC 0020528-40.2005.8.06.0001), da relatoria do Des. Carlos Rodrigues Feitosa, publicado no *DJ* de 22.11.2012, à p. 95; e do STJ, REsp 628140, da relatoria da Min^a. Laurita Vaz, publicado no DOU de 17.09.2007.

Defende a necessidade de rateio igualitário da quota-parte dos beneficiários, por inexistir ordem de preferência entre eles, consoante entendimento do STJ (REsp 544803/RJ, REsp 667269/RJ, REsp 684061 e EDcl no REsp 354424/PE).

Por fim, requer a procedência do apelo.

Recebida em ambos efeitos a apelação e intimada a contrarrazoar (p. 823), a recorrida fê-lo às p. 827-834, ao alegar que se baseou nos dispositivos do plano de benefícios para a concessão do pensionamento (art. 10), de maneira a ser impossível ao ex-cônjuge, diante da existência de cônjuge e filho, auferir o benefício.

Sustenta que o benefício de suplementação de aposentadoria a partir do qual era descontada a pensão alimentícia extinguiu-se com a morte do participante, então surgindo o direito aos legítimos beneficiários (viúva e filho), inexistindo meios legais para se converter pensão alimentícia em benefício previdenciário, porquanto assente na doutrina e jurisprudência ser intransmissível a obrigação alimentar (*intuitu personae*), obrigação que se dá tão somente entre credor e devedor (REsp 64112/SC).

Esclarece não ter aplicação ao caso concreto o art. 76 da Lei 8.213/1991, alegado pela recorrente, tendo em vista que esse diploma normativo regula a previdência social, a qual é independente da previdência privada, não se confundindo o regime de filiação obrigatória com o de adesão facultativa (art. 202, CF).

Pugna, pois, pelo desprovimento do apelo.

Ausente interesse público primário, deixei de intimar a manifestar-se o *custos legis*.

É o relatório.

Ao e. Desembargador-Revisor.

VOTO

O *thema decidendum* versa sobre a pretensão da apelante, ex-esposa, de ter reconhecido o direito de continuar a receber alimentos após a morte de seu ex-marido, com base na legislação da previdência social (art. 76, § 2º, Lei 8.213/1991), em igualdade de condições (rateio da pensão por morte) com a viúva e o filho à época menor, considerados dependentes de primeira classe perante o regulamento do plano de previdência privada.

O art. 202 da Constituição da República estabelece que:

Art. 202. O regime de **previdência privada**, de **caráter complementar** e **organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social**, será **facultativo**, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Extrai-se da regra acima, portanto, que a previdência complementar tem natureza jurídica de direito privado, de cunho contratual e sob o regime de capitalização para pagamento dos benefícios.

Assim, impõe-se que sejam observados os ditames do pacto firmado entre o participante e a entidade que administra o plano.

Estatui o art. 10 do Regulamento de Benefícios Previdenciários do Plano de que fazia parte o *de cuius*:

Art. 10 – Os participantes podem inscrever as seguintes pessoas, para efeito de recebimento dos benefícios previstos neste Regulamento, a saber:

I) beneficiários de suplementação de pensão:

- a) cônjuge ou companheiro;
- b) filhos e enteados, menores de 21 (vinte e um) anos de idade não emancipados ou inválidos de qualquer idade, desde que a invalidez tenha ocorrido antes de completar 24 (vinte e quatro) anos de idade e que o beneficiário esteja inválido na data do óbito do participante;
- c) ex-cônjuge ou ex-companheiro, ambos com percepção de alimentos judicialmente definida; e

[...]

II) beneficiários de pecúlio: qualquer pessoa indicada unicamente para este fim, condição que se extingue com o ato do pagamento e respectiva quitação da obrigação.

§ 1º Os beneficiários relacionados nas alíneas “a” e “b” do inciso I do *caput* deste artigo concorrem entre si em igualdade de condições.

§ 2º **Os beneficiários citados nas alíneas “c” e “d” do inciso I do *caput* deste artigo somente terão direito aos benefícios no caso de inexistirem os beneficiários relacionados nas alíneas “a” e “b” do inciso I do *caput* deste artigo na data de concessão da suplementação de pensão, sendo que a inexistência de beneficiários mencionados na alínea “c” do inciso I do *caput* deste artigo exclui os da alínea “d” seguinte.**

Além do mais, consta do termo de acordo no divórcio consensual de p. 375-377 que:

Para **pensão alimentícia** destinada à mulher e filhos, o alimentante contribuirá com 35% (trinta e cinco por cento) de sua **aposentadoria**, como já vem contribuindo em face da fixação provisória em ação de alimentos ajuizada pela Suplicante. [...]

Nada obstante faça alusão a recorrente ao acordo judicialmente homologado na ação de divórcio, no qual lhe foi conferida pensão alimentícia de 35% (trinta e cinco por cento) de aposentadoria do ex-marido falecido, observa-se da inicial a pretensão de rateio igualitário (50%) da pensão por morte decorrente de contrato de previdência privada, benefício deixado pelo *de cujus* em favor da viúva e do filho, então menor.

Com efeito, não há confundir-se a obrigação de prestar alimentos e o direito à pensão por morte não decorrente da previdência social – cujas contribuições são obrigatórias – mas de plano complementar – privado e facultativo.

O § 2º do art. 76 da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social (L. 8.213/1991) prevê que o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um)

anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

O regime de previdência privada, no entanto, possui regramentos próprios (atualmente as Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001), distintos das normas jurídicas que regulam a previdência social, *in verbis*:

Lei Complementar 109/2001

Art. 1º O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma **autônoma em relação ao regime geral de previdência social**, é **facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício**, nos termos do *caput* do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar.

Logo, inexistente fundamentação legal para a extensão do benefício à apelante ex-cônjuge, porquanto o Regulamento do Plano não a contempla como beneficiária em face da precedência do cônjuge sobrevivente e do filho menor do participante.

É indubitável, ainda, a divergência entre a natureza da aposentadoria e a da pensão por morte, tendo, inclusive, origem em fatos distintos e titulares de direitos autônomos.

Saliente-se, também, que o dever de pensionamento a ex-cônjuge deriva da obrigação de mútua assistência que continua mesmo depois da extinção do casamento, considerando-se haver manifestação de vontade das partes em zelar pela saúde e bem-estar um do outro, mas que finda com a morte.

A propósito, “A obrigação alimentar é personalíssima e, portanto, intransmissível. Falecendo o alimentante, ela desaparece” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: família, sucessões*. Volume 5. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012).

Assim sendo, não se pode alargar a obrigação de prestar alimentos, cuja razão de existir se encontra no valor solidariedade, para terceiros que não têm vínculo afetivo com a apelada.

Desta forma, não havendo previsão contratual para o pagamento de benefício previdenciário por morte do participante de plano

de previdência complementar a ex-cônjuge, em prejuízo da ordem de preferência no regulamento do cônjuge sobrevivente e de seu filho menor, nem tampouco o determinando a Lei 8.213/1991, cujas hipóteses servem apenas aos planos de benefícios do Regime Geral de Previdência Social, não se pode impor aos litisconsortes o dever de prestar alimentos à apelante nos moldes determinados na sentença que homologou o acordo nos autos do divórcio que extinguiu o vínculo matrimonial entre aquela e o falecido associado.

Do exposto, conheço do recurso para negar-lhe provimento.

É como voto.

PROCESSO Nº 0003477-11.2000.8.06.0027

REEXAME NECESSÁRIO DA COMARCA DE ACARAPE

AUTORA: FRANCISCA DE CASTRO SOUZA

RÉU: MUNICÍPIO DE ACARAPE

ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL. REMESSA OFICIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. ART. 37, § 6º, CF/88. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DO AGENTE (MOTORISTA DO MUNICÍPIO) E O RESULTADO DANOSO (MORTE DA VÍTIMA). CULPA CONCORRENTE. DANO POR RICOCHETE EM FAVOR DA GENITORA DA VÍTIMA. PENSIONAMENTO. INDENIZAÇÃO PELAS DESPESAS DE LUTO E FUNERÁRIAS. ARBITRAMENTO DE DANO MORAL. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DE DÍVIDAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O art. 37, § 6º, da CF/88 define a responsabilidade civil objetiva do Estado tendo como fundamento a teoria do risco administrativo, segundo a qual a Administração Pública deve indenizar os danos causados por seus agentes nessa qualidade, desde que comprovados e presente o nexo de causalidade.

2. Comprovado o nexo causal entre a conduta comissiva do município, por seu agente, e o dano advindo do lamentável evento, bem ainda ausente hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal (força maior ou culpa exclusiva da vítima), malgrado o reconhecimento da atenuante (culpa concorrente), resta configurado o dever de indenizar do município demandado.

3. A pensão corresponderá ao valor equivalente à metade de 2/3 (dois terços) do salário-mínimo com vigência à época do evento danoso, até quando a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade, quando será reduzida à metade de 1/3 (um terço) do salário-mínimo, até quando a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ou quando morrer a autora, o que vier primeiro, valores estes atualizados da seguinte forma: *a)* correção pelo IPCA; e, *b)* juros moratórios no percentual: *b.1)* de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto nº 2.322/87, no período anterior à 24/08/2001, data de publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei nº 9.494/97; *b.2)* de 0,5% ao mês, a partir da MP nº 2.180-35/2001 até o advento da Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97; e *b.3)* estabelecido para a caderneta de poupança, a partir da Lei nº 11.960/2009.

4. Quanto às despesas de luto e funeral devem ser mantidas, porquanto fixada indenização em valor razoável e compatível (R\$ 2.000,00) com as condições da vítima e da autora, não se olvidando da atualização monetária, devendo incidir, a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ), os índices acima estabelecidos sobre o pensionamento.

5. Reputo adequado o montante fixado na sentença a título de reparação do dano moral, reduzido de metade em virtude do reconhecimento da culpa concorrente, correspondente a R\$ 12.750,00 (doze mil setecentos e cinquenta reais), devendo incidir, a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ), juros moratórios nos moldes do pensionamento e, a partir da publicação deste *decisum* (Súmula 362 do STJ), correção monetária pelo IPCA.

6. Remessa Oficial conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 11 de maio de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de Remessa Oficial em Ação Indenizatória deduzida por FRANCISCA DE CASTRO SOUZA, objetivando a condenação do MUNICÍPIO DE ACARAPE, em razão da morte de seu filho, decorrente de acidente automobilístico provocado por motorista de ônibus do Município de Acarape.

Na sentença, o magistrado concluiu pela responsabilidade do Município, com apoio na teoria do risco administrativo (art. 37, § 6º, CF/88), malgrado reconhecida a culpa concorrente do guia da motocicleta – na qual estava a vítima (de carona).

Condenou o Município a pagar: *a)* pensão mensal correspondente a R\$ 170,00 (cento e setenta reais), com correção monetária

e juros moratórios de 0,5% (meio por cento) ao mês, com termo inicial, a data do evento danoso (8/9/1996) e termo final, a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade (8/2/2043), devendo a ré pagar, de uma vez, as parcelas vencidas; *b*) indenização, a título de danos morais, equivalente a R\$ 12.750,00 (doze mil setecentos e cinquenta reais); e, *c*) despesas de luto e funeral no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Consignou a sucumbência recíproca, igualmente entre as partes, condenando-as a pagar honorários advocatícios correspondentes a 15% (quinze por cento) do valor correspondente às prestações vencidas mais um ano das vincendas.

Não houve irresignação contra a sentença.

É o breve relatório.

À douta revisão.

Fortaleza, 22 de abril de 2015.

VOTO

O reexame necessário condiciona a eficácia da sentença à sua reapreciação pelo Juízo *ad quem*, tanto que a sentença somente transita em julgado após a manifestação do Tribunal. É, portanto, verdadeira condição de eficácia da sentença, sendo aplicável, no caso, o art. 475, inciso I, do CPC, que autoriza o reexame nas causas em que haja a condenação do município.

Responsabilidade Objetiva

O art. 37, § 6º, da CF/88 define a responsabilidade civil objetiva do Estado tendo como fundamento a teoria do risco administrativo, segundo a qual a Administração Pública deve indenizar os danos causados por seus agentes nessa qualidade, desde que comprovados e presente o nexo de causalidade.

Prescreve o art. 37, § 6º, da Carta Magna:

¹Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 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.

Tal teoria, funda-se, portanto, na ideia de solidariedade social, ou seja, na justa repartição dos ônus decorrentes da prestação dos serviços públicos. Assim, a culpa é substituída pelo nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular.

Em apoio, cito excertos da abalizada doutrina, em especial do professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *in* Curso de Direito Administrativo, 18ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 932 e 933, *verbis*:

“A relação entre a vontade e ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada –, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. Nas relações não se considera tão-só se o agente obrou (ou deixou de obrar) de modo conforme ou desconforme com o Direito, culposa ou dolosamente. Considera-se, isto sim, se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal.”

1 Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

“Daí, que acarretam responsabilidade do Estado não só os danos produzidos no próprio exercício da atividade pública do agente, mas também aqueles que só puderam ser produzidos graças ao fato de o agente prevalecer-se da condição de agente público. (...) O que importará é saber se a sua qualidade de agente público foi determinante para a conduta lesiva. Se terceiros foram lesados, em razão de o autor ser funcionário, ocorreu o bastante para desenhar-se hipótese de responsabilidade estatal.”

No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES, *in Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 627-628, *in litteris*:

“Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros.”

Se é assim, deve o município de Acarape responder objetivamente, desnecessária qualquer incursão relativamente aos elementos subjetivos (dolo ou culpa) da conduta do agente administrativo (motorista do ônibus). Isso porque há nexos de causalidade entre a conduta comissiva da Administração (agente administrativo que conduzia veículo automotor no exercício de sua função) e o dano (morte da vítima). É o suficiente para que o município responda pelos prejuízos causados à apelada, genitora da vítima fatal.

O contexto fático-probatório que exsurge da situação retratada no feito, de fato, permite inferir que há responsabilidade objetiva do município na causação do evento danoso de que aqui se cogita. A *quaestio juris* recebeu acurada análise do magistrado de piso, que, inclusive, reconheceu a culpa concorrente do guia da motocicleta, na qual estava a vítima, de carona, aplicando o sistema de compensação das culpas, a atenuar a responsabilidade do município.

Tal ilação resulta, com efeito, da prova produzida em Juízo (fls. 179/189), da qual o magistrado consigna assim, fls. 233/240:

“No caso em análise, percebe-se de forma clara que o motorista do ônibus, ao efetuar a manobra de retorno, agiu de forma imprudente, eis que não tomou os cuidados necessários para evitar o acidente, haja vista ter usado parte da faixa contrária enquanto a motocicleta das vítimas ainda trafegava normalmente nesta, como relatam as testemunhas oculares...”

[...]

Entretanto, as mesmas testemunhas afirmaram que os dois ocupantes da motocicleta não usavam capacete, item de uso obrigatório nos termos do Código de Trânsito Brasileiro...

[...]

Diante de tais circunstâncias estamos diante de um clássico caso de responsabilidade civil objetiva do Estado com culpa concorrente do particular, que vai apresentar efeitos importantes no deslinde do feito, haja vista ser essa uma das formas de atenuação da responsabilidade estatal.”

Conflui, nesse aspecto, a prova pericial técnica, com a seguinte conclusão, *verbis*:

“Diante do acima exposto, inferimos tratar-se de morte real em decorrência de traumatismo cranioencefálico.”

Por conseguinte, comprovado onexo causal entre a conduta comissiva do município, por seu agente, e o dano advindo do lamentável evento, bem ainda ausente hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal (força maior ou culpa exclusiva da vítima), malgrado o reconhecimento da atenuante (culpa concorrente), resta configurado o dever de indenizar do município demandado.

Danos material e moral

De regra a indenização é devida apenas ao lesado direto, ou seja, a quem experimentou imediata e pessoalmente as consequências do evento danoso. Contudo, situações há em que o dano sofrido pela vítima repercute e afeta terceira pessoa, reflexa e indiretamente (dano por ricochete), a qual poderá sofrer prejuízo que, inicialmente, não a atingiria.

Essa é a situação retratada neste feito, pois a genitora da vítima fatal vem a Juízo pretendendo obter reparação de danos materiais e morais decorrentes da falha do serviço público prestado pelo município.

No caso concreto, estimo despicienda a comprovação de dependência econômica da autora em relação ao seu falecido filho. Com efeito, a pretensão da mãe da vítima fatal assenta-se na premissa de que em razão da perda do ente querido pode padecer de condições básicas de sustento, tendo em vista o dever dos filhos de sustentar os pais (art. 1.696, CC).

Dessa forma, o município de Acarape deve pensionar a autora, porém com a seguinte alteração: a pensão corresponderá ao valor equivalente à metade de 2/3 (dois terços) do salário-mínimo com vigência à época do evento danoso, até quando a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade, quando será reduzida à metade de 1/3 (um terço) do salário-mínimo, até quando a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ou quando morrer a autora, o que vier primeiro, valores estes atualizados da seguinte forma: *a)* correção pelo IPCA; e, *b)* juros moratórios no percentual: *b.1)* de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto nº 2.322/87, no período anterior à 24/08/2001, data de publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei nº 9.494/97; *b.2)* de 0,5% ao mês, a partir da MP nº 2.180-35/2001 até o advento da Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97; e *b.3)* estabelecido para a caderneta de poupança, a partir da Lei nº 11.960/2009.

Nesse sentido, o STJ, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DO FILHO DOS AUTORES. OMISSÃO E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO JULGADO. INEXISTÊNCIA. PENSIONAMENTO. VALOR FIXADO CONFORME A ORIENTAÇÃO DESTA CORTE. SÚMULA N. 83/STJ. DANO MORAL. VERBA INDENIZATÓRIA ARBITRADA COM RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. As questões trazidas à discussão foram dirimidas pelo Tribunal de origem de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões. Deve ser afastada a alegada violação aos arts. 165, 458, II e 535, I e II, do Código de Processo Civil.

2. O acórdão recorrido decidiu conforme esta Corte no sentido de que os danos materiais são fixados em 2/3 do salário mínimo até a idade em que a vítima completaria 25 anos, reduzido para 1/3 a partir desta data. Súmula n. 83/STJ.

3. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1007475/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 17/04/2015)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ACIDENTE FERROVIÁRIO. MORTE. DANOS MORAL E MATERIAL.

1. Contrato de transporte caracterizado, dada a comprovação da condição de passageiro da vítima.

2. Não produzindo prova de qualquer uma das excludentes admissíveis, responde a transportadora, cuja responsabilidade é objetiva, pelos danos decorrentes do acidente.

3. Na esteira de precedentes desta Corte, a pensão é fixada em 2/3 (dois terços) do salário mínimo até quando a vítima viria a completar 25 anos, e reduzida para 1/3 (um terço) a partir daí até o dia em que, também por presunção, o de cujus completaria 70 anos, ou antes se a genitora vier a falecer.

[...]

8. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, provido.

(REsp 721.091/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2005, DJ 01/02/2006, p. 567)

[...] CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI N.º 6.899/91. TERMO INICIAL: (A) VERBAS REMUNERATÓRIAS. MOMENTO EM QUE AS PARCELAS DEVERIAM TER SIDO PAGAS E (B) INDENIZAÇÃO POR DANOS

MORAIS. DATA DO PROVIMENTO JUDICIAL QUE FIXOU O QUANTUM INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO DO ÍNDICE NACIONAL DE PREÇOS AO CONSUMIDOR - INPC COMO ÍNDICE DA CORREÇÃO MONETÁRIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE EM RECORRER. JUROS DE MORA. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCIDÊNCIA IMEDIATA SOBRE OS PROCESSOS EM ANDAMENTO.

[...]

16. Tratando-se de condenação imposta à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a empregado público, os juros de mora incidirão da seguinte forma: (a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3.º Decreto n.º 2.322/87, no período anterior à 24/08/2001, data de publicação da Medida Provisória n.º 2.180-35, que acresceu o art. 1.º-F à Lei n.º 9.494/97; (b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da MP n.º 2.180-35/2001 até o advento da Lei n.º 11.960, de 30/06/2009, que deu nova redação ao art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97; e (c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei n.º 11.960/2009.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.

(REsp 1069794/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012)

A redução da pensão explica-se porque, a partir dos 25 (vinte e cinco) anos de idade, presume-se que a vítima pudesse ter constituído família, sendo razoável a redução do auxílio financeiro prestado pelo filho à sua genitora.

Ademais, relembro que a questão atinente à atualização monetária é de ordem pública, podendo ser revista livremente pelo Tribunal de Justiça. Precedentes: AgRg no AREsp 516.755/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 14/10/2014; AgRg no AREsp 384.530/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 26/08/2014.

Quanto às despesas de luto e funeral devem ser mantidas, porquanto fixada indenização em valor razoável e compatível (R\$ 2.000,00)

com as condições da vítima e da autora, não se olvidando da atualização monetária, devendo incidir, a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ), os índices acima estabelecidos sobre o pensionamento.

A esse respeito, o STJ, *verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. LINHA FÉRREA. ACIDENTE ENTRE COMPOSIÇÃO FERROVIÁRIA E AUTOMÓVEL. SINALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS FERROVIÁRIOS. CULPA CONCORRENTE. LUTO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. FIXAÇÃO EM PARÂMETRO COMPATÍVEL. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA N. 54 DO STJ. 13º SALÁRIO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA. PENSIONAMENTO. MORTE DE FILHO(A) DE COMPANHEIRO(A) E DE GENITOR(A). CABIMENTO DESDE A DATA DO ÓBITO. JUROS COMPOSTOS. VEDAÇÃO. VALOR DO DANO MORAL. SÚMULA N. 7 DO STJ. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. POSSIBILIDADE.

1. Colisão entre trem e automóvel em passagem de nível que, embora ocasionada por imprudência do motorista do automóvel, poderia ter sido evitada se no local houvesse sinalização adequada, impõe também à concessionária de transporte ferroviário a responsabilidade civil perante terceiro prejudicado, uma vez que a sinalização de ferrovias relaciona-se com o negócio de exploração de transporte ferroviário.

2. A ocorrência de culpa concorrente conduz à fixação das indenizações por danos materiais e morais de forma proporcional.

3. Cabível a indenização por luto, que dispensa comprovação das despesas, quando fixada em parâmetro compatível.

4. Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula n. 54 do STJ).

[...]

11. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 853.921/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 24/05/2010)

Responsabilidade civil. Dano moral. Filha de criação. Despesas de luto e funeral. Precedentes da Corte.

1. O art. 1.526 do antigo Código Civil é impróprio para desafiar o deferimento de dano moral para a filha de criação da vítima.

2. A orientação prevalecente na Corte é no sentido de que as despesas com luto e funeral dispensam comprovação, fixadas em valor compatível.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 700.042/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/11/2006, DJ 26/03/2007, p. 234)

Concernente à quantificação dos danos morais, há que se levar em conta os critérios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade, sem olvidar o grau de culpa dos envolvidos, a extensão do dano, bem como a necessidade de efetiva punição do ofensor, a fim de evitar que reincida na sua conduta lesiva.

Dispõe o art. 944 do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano.” E em seu complementar parágrafo único: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

Calha trazer a colação a lição do doutrinador RUI STOCO *in* Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 2004, 6ª ed., p. 1709, ao discorrer sobre a matéria, nestes precisos termos, *verbis*:

“Segundo nosso entendimento a indenização da dor moral, sem descuidar desses critérios e circunstâncias que o caso concreto exigir, há de buscar, como regra, duplo objetivo: caráter compensatório e função punitiva da sanção (prevenção e repressão), ou seja: a) condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo e desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes; b) compensar a vítima com uma importância mais ou menos aleatória, em valor fixo e pago de uma só vez, pela perda que se mostrar irreparável, ou pela dor e humilhação impostas.”

Incumbe ao julgador, na quantificação dos danos morais ou extrapatrimoniais, levar em conta as peculiaridades do caso concreto, estimando valor que não dê margem ao enriquecimento sem causa do

ofendido, porém seja suficiente para significar adequada reprimenda ao ofensor, evitando reincida no comportamento lesivo.

Sopesados tais vetores, considerando a gravidade da conduta imprudente do agente administrativo e a consequência do evento danoso, que acarretou o óbito do filho da autora, reputo adequado o montante fixado na sentença a título de reparação do dano moral, reduzido de metade em virtude do reconhecimento da culpa concorrente, correspondente a R\$ 12.750,00 (doze mil setecentos e cinquenta reais), devendo incidir, a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ), juros moratórios nos moldes do pensionamento e, a partir da publicação deste *decisum* (Súmula 362 do STJ), correção monetária pelo IPCA.

Honorários Advocatícios

Não há o que reparar, porquanto observadas as diretrizes do art. 20 do CPC, evidenciada a sucumbência recíproca.

Dispositivo

Diante do exposto, CONHEÇO da Remessa Oficial, DANDO-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para:

a) reformar, em parte, a pensão mensal, que corresponderá ao valor equivalente à metade de 2/3 (dois terços) do salário-mínimo com vigência à época do evento danoso, até quando a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade, quando será reduzida à metade de 1/3 (um terço) do salário-mínimo, até quando a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ou quando morrer a autora, o que vier primeiro, valores estes atualizados da seguinte forma: a) correção pelo IPCA; e, b) juros moratórios no percentual: b.1) de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto nº 2.322/87, no período anterior à 24/08/2001, data de publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei nº 9.494/97; b.2) de 0,5% ao mês, a partir da MP nº 2.180-35/2001 até o advento da Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97; e b.3) estabelecido para a caderneta de poupança, a partir da Lei nº 11.960/2009.

b) integrar o capítulo concernente à condenação ao pagamento das despesas de luto e funerárias, no tocante à atualização monetária, devendo incidir, a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ), os índices acima estabelecidos sobre o pensionamento.

c) integrar o capítulo concernente à indenização pelo dano moral, no tocante à atualização monetária, devendo incidir, a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ), juros moratórios nos moldes do pensionamento e, a partir da publicação deste *decisum* (Súmula 362 do STJ), correção monetária pelo IPCA.

No mais, deve prevalecer incólume a sentença.

É como voto.

Fortaleza, 11 de maio de 2015.

PROCESSO Nº 0000436-47.2007.8.06.0138/1
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: FRANCISCO ALEXSANDRO TORQUATO NOBRE
APELADO: WLADIMIR NORJOSA GONZAGA
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL. APELAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. ARTS. 186 E 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO (CULPA DO MOTORISTA DO CAMINHÃO). ÔNUS PROBANTE DO AUTOR DA AÇÃO (MOTOCICLISTA). DENEGAÇÃO DO PEDIDO INDENIZATÓRIO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A teor do disposto no art. 932, inciso III, do Código Civil, é objetiva a responsabilidade do empregador pela reparação civil dos danos eventualmente causados por seus empregadores, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhe competir ou em razão dele. Todavia, não há nos autos processuais nenhum indício a apontar tal condição jurídica do apelado, ou seja, inexistem nos autos elementos de prova que indiquem vínculo empregatício entre o apelado e eventual empregador. Ademais, ressalto que, ainda que houvesse, o apelado foi acionado diretamente, a demandar análise de eventual responsabilidade civil subjetiva.

2. Nesses moldes, para a configuração da

responsabilidade civil subjetiva faz-se necessária a comprovação de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).

3. Quanto ao nexo de causalidade e ao resultado danoso, mostram-se incontroversos nos autos, a partir da narrativa fática das partes e pelas provas colacionadas ao processo. Diversamente, porém, carece de comprovação cabal a suposta culpa do apelado, motorista do caminhão que atingiu o motociclista, ora apelante.

4. Nesse aspecto, na esteira do que decidiu a magistrada de piso, incumbia mesmo ao autor a prova de suas alegações, cabendo ao réu, tão somente, refutar ou desconstituir a tese autoral, sem necessidade de inversão do *onus probandi* (art. 333, I, do CPC). Sucede que o apelante nada comprovou acerca da indigitada culpa atribuída ao apelado, resumindo-se a declará-la, dissociada de documentos ou, sequer, de prova testemunhal.

5. Recurso de Apelação conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 1 de dezembro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta por FRANCISCO ALEXSANDRO TORQUATO NOBRE contra sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Pacoti, nos autos da Ação de Reparação por Danos Morais e Materiais nº 0000436-47.2007.8.06.0138/0, deduzida contra WLADIMIR NORJOSA GONZAGA, que julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento da verba sucumbencial.

Na exordial, narra o demandante ter sido vítima de acidente automobilístico, na estrada que liga Palmácia a Pacoti, atingido por caminhão, que trafegava em sentido contrário, na contramão da via.

Aduz que em virtude do abaloamento sofreu sérias lesões, como politraumatismo craniano e fraturas no maxilar esquerdo e nos dois braços, das quais resultaram sequelas gravíssimas, tais como perda da voz e da memória, de vários dentes, da capacidade de escrever e de movimentar o braço direito, fortes dores de cabeça e constantes tonturas, a ponto de incapacitá-lo para o trabalho, definitivamente.

Forte nos arts. 186, 187 e 932, do Código Civil, requer indenização pelos danos materiais e morais, causados em virtude do sinistro, mais honorários advocatícios.

Instado a ofertar contestação, o demandado respondeu que, no dia do acidente, trafegava na via, regularmente, quando a moto, guiada pelo autor, o atingiu, numa curva sinuosa, porquanto alcoolizado o motociclista, segundo testemunhas.

Alega que o laudo pericial não merece resguardo, tendo em vista ter sido confeccionado seis meses após o acidente, portanto, após intervalo de tempo considerável, no qual podem ter acontecido uma série de eventos. À minguia de comprovação dos fatos alegados, requer a improcedência do pedido inicial.

Na sentença, a magistrada julgou improcedente o pedido, por entender subjetiva a responsabilidade civil perquirida pelo autor, sem comprovação da culpa do demandado.

Irresignado, o apelante assevera a tese plasmada na peça exordial, afirmando ser ônus do apelado a comprovação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, II, do CPC), inexistentes na espécie, razão pela qual merece provido o apelo, no

ponto e, também, para reduzir a verba honorária, caso prevaleça a sentença, porquanto distante da capacidade financeira do apelante.

Sem contrarrazões.

É o breve relatório.

À douta revisão.

Fortaleza, 14 de novembro de 2014.

VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade dos recursos, passo à análise dos pontos controvertidos.

O parágrafo único do art. 927, do Código Civil dispõe que: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Nesse passo, o Código Civil de 2002 inova ao consagrar, ao lado da responsabilidade civil subjetiva (arts. 186 e 927, *caput*), a responsabilidade civil objetiva, acolhendo a teoria do risco, na trilha do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), da Responsabilidade Civil do Estado (art. 37, § 6º, da CF/88) e da Responsabilidade Civil por Danos Nucleares.

Sob esse prisma, alega o apelante, embasado no art. 932, inciso III, do Código Civil, a responsabilidade objetiva do apelado, por lhe ter causado danos materiais e morais, em virtude de acidente automobilístico.

Com efeito, a teor do disposto no recitado artigo do Código Civil, é objetiva a responsabilidade do empregador pela reparação civil dos danos eventualmente causados por seus empregadores, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhe competir ou em razão dele. Todavia, não há nos autos processuais nenhum indício a apontar tal condição jurídica do apelado, ou seja, inexistem nos autos elementos de prova que indiquem vínculo empregatício entre o apelado e eventual empregador. Ademais, ressalto que, ainda que houvesse, o apelado foi acionado diretamente, a demandar análise de eventual responsabilidade civil subjetiva.

Semelhantemente, a juíza *a quo* entendeu cuidar-se de responsabilidade civil subjetiva, e não objetiva, como quer dizer o apelante, e nesses moldes deliberou assim:

“Dispõe o art. 933 do CC que a responsabilidade das pessoas indicadas no art. 932 independe de culpa. Sobre o tema, vejamos os ensinamentos de Flávio Tartuce:

'Enuncia o art. 933 do CC que a responsabilidade das pessoas acima elencadas independe de culpa, tendo sido adotada a teoria do risco criado. Assim, as pessoas arroladas, ainda que não haja culpa de sua parte (responsabilidade objetiva), responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. Mas para que essas pessoas respondam, é necessário provar a culpa daqueles pelos quais são responsáveis. Por isso a responsabilidade é denominada objetiva indireta ou objetiva impura.' (Manual de Direito Civil, São Paulo: Método, 2011, p. 452).”

Os arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil, tratam sobre a temática, nesses termos, respectivamente: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

A esse respeito, o STJ, *verbis*:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA CONSIDERADA LESIVA À HONRA DO AUTOR BASEADA EM INFORMAÇÃO PRESTADA PELOS RECORRIDOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA NÃO DEMONSTRADA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ART. 186 DO CC/02. ELEMENTOS. AÇÃO OU OMISSÃO E NEXO CAUSAL INCONTROVERSOS. POTENCIALIDADE OFENSIVA DOS FATOS. VALORAÇÃO DA PROVA. AUSÊNCIA DO OBSTÁCULO DA SÚMULA 7/STJ.

1. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.

2. Da hermenêutica do art. 186 do CC/02 extraem-se os seguintes pressupostos da responsabilidade civil, a saber: conduta ou ato humano (ação ou omissão); a culpa do autor do dano, a relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

3. Com exceção das hipóteses de responsabilidade objetiva previstas no sistema de responsabilidade civil, nosso direito civil consagra o princípio da culpa para a responsabilidade decorrente de ato ilícito, não se concebendo, em regra, o dever de indenização se ausente o dolo, a culpa ou o abuso de direito.

[...]

9. Recurso especial provido.

(REsp 884.009/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 24/05/2011)

Sendo assim, para a configuração da responsabilidade civil subjetiva faz-se necessária a comprovação de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexó causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).

Quanto ao nexó de causalidade e ao resultado danoso, mostram-se incontrovertidos nos autos, a partir da narrativa fática das partes e pelas provas colacionadas ao processo (fls. 23; 83; 85; 131; 174/175).

Diversamente, porém, carece de comprovação cabal a suposta culpa do apelado, motorista do caminhão que atingiu o motociclista, ora apelante.

A respeito do ônus da prova, embora amplamente albergada, nos tribunais pátrios, a ideia centrada na sua distribuição dinâmica, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, a verdade é que o art. 333, inciso I, do CPC, estabelece incumbir ao autor a prova quanto ao fato constitutivo de seu direito. Desse modo, o legislador adotou, como regra, a concepção estática do ônus da prova, competindo ao autor a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor.

Dessarte, se não há nenhuma peculiaridade, no caso, a demandar a inversão de tal ônus processual, deve prevalecer a distribuição do ônus da prova, tal qual estabelecida na lei processual civil.

Nesse particular, conclui LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *in Processo de conhecimento*, 9. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, (Curso de Processo Civil: v. 2), p. 273, que: “Em regra, o juiz deve procurar uma convicção de verdade e, por isso, deve julgar com base na regra do art. 333 em caso de dúvida, isto é, quando o autor não lhe convencer da existência do fato constitutivo. Porém, particulares situações de direito material exigem que o juiz reduza as exigências de prova, contentando-se com uma convicção de verossimilhança. Nesses casos, ainda que o autor possa produzir prova, o próprio direito material demonstra que o processo, para tratá-lo de maneira adequada e efetiva, não pode exigir mais do que uma convicção de verossimilhança.”

In casu, na esteira do que decidiu a magistrada de piso, incumbia mesmo ao autor a prova de suas alegações, cabendo ao réu, tão somente, refutar ou desconstituir a tese autoral, sem necessidade de inversão do *onus probandi*.

Sucedo que o autor nada comprovou acerca da indigitada culpa atribuída ao apelado, resumindo-se a declará-la, dissociada de documentos ou, sequer, de prova testemunhal. A seu turno, o apelado muito mais desconstruiu a tese autoral, produzindo prova testemunhal contrária ao autor (fls. 174/175).

Frente a tais considerações e atento à prova dos autos, impõe-se a confirmação do desfecho consignado na sentença, à míngua de comprovação do elemento subjetivo, assaz importante para a configuração da responsabilidade civil telada.

No tocante aos honorários advocatícios, também não encontro razão para reforma, tendo em vista o acerto da juíza *a quo*, que, atenta à proporcionalidade e às diretrizes do § 3º, do art. 20, do CPC, fixou-os em patamar condizente ao caso, isto é, em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Saliento, nesse particular, que o benefício da Justiça Gratuita não impede a condenação ao pagamento da verba sucumbencial, em

desfavor do beneficiário vencido, que, no entanto, somente será compelido a pagá-la no prazo de 5 (cinco) anos, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do seu sustento e de sua família, nos termos do art. 12, da Lei nº 1.060/50.

Diante do exposto, **CONHEÇO** do Recurso de Apelação, **NEGANDO-LHE PROVIMENTO**, devendo prevalecer incólume a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 1 de dezembro de 2014.

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0467016-61.2000.8.06.0001

ORIGEM: 5ª. VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA

APELANTES/APELADOS: WERNER SPANGENBERG HEINS,
CLÁUDIO SILVEIRA CABRAL FERREIRA E EDITORA VERDES
MARES LTDA

RELATORA: DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA

ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – DIVULGAÇÃO DE FOTOGRAFIA DO AUTOR DA DEMANDA COMO PARTICIPANTE DE CONCURSO DE BELEZA – AFASTADA A CULPA DOS DEMANDADOS PELO USO DA IMAGEM PELAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENVOLVERAM A EXIBIÇÃO DESAUTORIZADA – INEXISTÊNCIA DE CUNHO OFENSIVO OU DIFAMATÓRIO NO TEXTO QUE ACOMPANHOU A PUBLICAÇÃO – AUSÊNCIA DE DANOS DE ORDEM MORAL – NÃO CONFIGURADOS OS ELEMENTOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA – CONHECIDOS E PROVIDOS OS APELOS DOS PROMOVIDOS E IMPROVIDA A APELAÇÃO DO AUTOR.

1 – O Código Civil de 1916 estabelecia em seu artigo 159, cujo teor foi adaptado pelo Código atual em seu artigo 186, que “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*”. Assim, tanto para o revogado quanto para o atual Código Civil, é devida a reparação dos danos fundados

na conduta em desacordo com a ordem jurídica que viole direito subjetivo individual, sendo esta a regra fundamental assentada pela Lei Civil.

2 – *“A responsabilidade de empresa jornalística por publicação de matéria que se alega ofensiva desafia responsabilidade civil subjetiva extracontratual, que exige, para a sua configuração, a presença da culpa lato sensu, do dano e do nexu causal”*. (Apelação Cível nº 0085469-26.2011.8.19.0001 – TJRJ)

3 – Sendo subjetiva e extracontratual a responsabilidade dos demandados, desconfigurada sua culpa pela exibição da imagem do promovente não subsiste a pretendida responsabilização pelos eventuais danos que possam dela ter decorrido.

4 – Não se confirma a alegativa do autor de que o texto integrante da publicação teria sido redigido de maneira irônica e pejorativa, sustentando ofensas e insinuações acerca de sua sexualidade e conduta pessoal, tendo sua argumentação se alicerçado em meras ilações que, confrontadas com o elenco probatório carreado aos autos, não se confirmam, porquanto decorrentes apenas de sua interpretação, e, ainda que se admita, em tese, a possibilidade de ter sofrido incômodos em razão daquela publicação, não se visualiza a amplitude necessária para que se configurassem ofensas a sua honra e dignidade capazes de importar em efetivos danos de caráter moral.

5 – Inexistindo na espécie efetivo abalo de ordem moral, falece a pretensão indenizatória formulada pelo demandante, porquanto ausente elemento essencial para a responsabilização civil, qual seja, o dano.

6 – Tanto em relação à exibição da imagem do promovente, quanto ao texto publicado não se revelam presentes os elementos ensejadores do dever indenizatório perseguido pela demanda, seja pela ausência de culpa em relação à exibição da fotografia, ainda que desautorizada, seja pela inexistência de cunho ofensivo ou difamatório no texto escrito pelo colunista e veiculado pela editora, ora demandados.

7 – Conhecidos e providos os Apelos manejados pelos promovidos e improvida a Apelação proposta pelo autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível ACORDAM os Desembargadores membros da Sexta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer dos recursos, para dar provimento aos Apelos manejados por Cláudio Silveira Cabral Ferreira e EDITORA VERDES MARES LTDA e negar provimento à Apelação proposta por Werner Spangenberg Heins, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação de Reparação de Danos movida por Werner Spangenberg Heins contra Cláudio Silveira Cabral Ferreira e EDITORA VERDES MARES LTDA, em razão de matéria veiculada pela coluna jornalística redigida pelo primeiro demandado no “Jornal da Rua”, periódico sob a responsabilidade da segunda requerida, cujo conteúdo, alega o promovente, ter violado sua honra e imagem de modo a constituir ato ilícito indenizável.

Narra o autor na peça inaugural que: a) no dia 20 de janeiro de 2000, foi publicado pelo “Jornal da Rua”, na coluna do jornalista Cláudio Cabral, que o promovente participaria do “Concurso Mister Ceará” a ser

realizado naquele ano de forma deselegante, pejorativa e desrespeitosa, exibindo, ainda, uma fotografia sua sem a devida autorização; b) o texto, irônico e falacioso, além de veicular notícia inverídica, porquanto o autor sequer participaria do aludido evento, fazia insinuações no sentido de que o promovente seria ator de filmes pornográficos e homossexual; c) a imagem utilizada fora entregue a agências de publicidade para possíveis contratos quando o autor iniciava uma carreira como modelo, porém, ao perceber que não se identificava com o meio, seguiu o ramo hoteleiro, cursando faculdade no sul do país e passando a exercer a profissão; d) a malsinada publicação causou diversos constrangimentos e desconfortos ao demandante e à sua família, vez que passou a ser alvo de piadas que o retratavam como homossexual e participante de filmes pornográficos, ofendendo a sua moral, honra e boa fama; e) diante dos danos causados à sua imagem pela matéria, requer a condenação dos promovidos ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Devidamente citada, a EDITORA VERDES MARES LTDA apresentou contestação (págs.89/101), requerendo, em sede de preliminar, a extinção do feito, sem resolução de mérito, em razão da inépcia da petição inicial. Quanto ao mérito, sustentou que: a) a matéria foi meramente informativa, não comportando qualquer ofensa ao demandante, tendo a veiculação de sua participação no evento decorrido de informação prestada pelo produtor Franklei Charles; b) em nenhum momento a nota teve o propósito de ofender o autor, sendo inteiramente falsas as afirmações de que lhe teria sido atribuída a condição de homossexual ou de ator de filmes pornográficos; c) o fato de que parcela do público da boate em que se realizaria o evento ser composta por homossexuais não significa que ao autor também fora atribuída tal condição; d) inexistente qualquer ato danoso, de modo que restam ausentes os elementos ensejadores da indenização pretendida.

Cláudio Silveira Cabral Ferreira, em sua peça contestatória (págs.108/118), rebateu a argumentação alinhada pelo demandante na peça de exórdio aduzindo que: a) recebeu do produtor Franklei Charles a fotografia e a informação de que o autor participaria do “Concurso Mister Ceará”; b) não teve intenção de ofender ou ferir a conduta moral do

promovente, tendo este interpretado o texto publicado de forma pejorativa; c) inexistência de qualquer ato ilícito causador de danos de ordem moral; d) resta clara a existência de litigância de má-fé pelo requerente, pois pretende através do processo obter vantagens financeiras de forma ilícita.

Findada a regular instrução do feito, o magistrado de planície, através da sentença de págs.307/316, julgou parcialmente procedente o pleito autoral, condenando os requeridos a pagar ao autor indenização no valor R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, incumbindo à EDITORA VERDES MARES LTDA a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao colunista Cláudio Silveira Cabral Ferreira.

Por fim, condenou os promovidos ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, também rateados.

Irresignado, Cláudio Silveira Cabral Ferreira propôs Apelação Cível (págs.365/373), reafirmando os fundamentos vertidos em sua contestação e argumentando que: a) restou demonstrado nos autos a inexistência das ofensas alegadas pelo demandante; b) a matéria jornalística objeto da lide apenas relata que o promovente participaria do “Concurso Mister Ceará” que aconteceria na boate “Broadway”, segundo informação prestada pelo promotor do evento, Franklei Charles; c) jamais denegriu a imagem do autor; d) não restou comprovada a culpa do recorrente.

Também insatisfeito, Werner Spangenberg Heins manejou recurso apelatório (págs.378/387) pugnando, em suma, pela majoração da verba indenizatória arbitrada no *decisum*.

A EDITORA VERDES MARES LTDA, inconformada com a decisão primeva, apelou (págs.388/411) sustentando que: a) durante a instrução processual não se verificou, em momento algum, a ocorrência efetiva de danos, pois se limitou a divulgar informações acerca do “Concurso Mister Ceará”, não podendo ser responsabilizada pelas diversas interpretações de seus leitores; b) agiu dentro dos limites da legalidade, com fundamento no direito de informar, isto é, sem qualquer excesso; c) não se encontram presentes os elementos da responsabilidade civil, uma vez que ausente a culpa da recorrente, inexistindo assim o dever de indenizar; e) os danos morais alegados não foram comprovados.

Cláudio Silveira Cabral Ferreira apresentou contrarrazões às págs.420/423, enquanto Werner Spangenberg Heins e EDITORA VERDES MARES LTDA contrarrazoaram, respectivamente, às págs.425/431 e 433/439

É o relatório.

VOTO

Recebo os recursos, pois presentes os requisitos de admissibilidade insertos nos artigos 506 e 513 ambos do Código de Processo Civil.

I. Considerações Iniciais.

Cumpra, inicialmente, destacar que o Código Civil de 1916 estabelecia em seu artigo 159,¹ cujo teor foi adaptado pelo Código atual em seu artigo 186,² que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Assim, tanto para o revogado quanto para o atual Código Civil, é devida a reparação dos danos fundados na conduta em desacordo com a ordem jurídica que viole direito subjetivo individual, sendo esta a regra fundamental assentada pela Lei Civil.

Sob tais balizas, pois, resta exposto o trinômio que fundamenta o dever reparatório, qual seja, a efetiva ocorrência de dano, sendo este decorrente de conduta comissiva ou omissiva do agente e o nexa causal entre a referida conduta e o evento danoso, de maneira que “São elementos indispensáveis para obter a indenização: 1) o dano causado a outrem, que é a diminuição patrimonial ou a dor, no caso de dano apenas moral; 2) nexa causal, que é a vinculação entre determinada ação ou omissão e o dano experimentado; 3) a culpa, que, genericamente, engloba o dolo(intencionalidade) e a culpa em sentido estrito (negligência,

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

2 Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência/ coordenador Cezar Peluso. - 3. ed. rev. e atual. - Barueri, SP: Manole, 2009.

imprudência ou imperícia), correspondendo em qualquer caso à violação de um dever preexistente.³³ , logo, a imposição ao agente da obrigação de indenizar, como já dito, é condicionada à existência de efetiva comprovação nos autos da presença desses elementos, evidenciando a sua coexistência.

A 1ª Câmara Cível deste Sodalício, no julgamento da Apelação Cível nº 45621322.2000.8.06.0000, sob a relatoria do eminente Desembargador Francisco Sales Neto, bem delimitou as linhas mestras do dever reparatório ao pontuar que: “A obrigação de indenizar advém do dano ou do prejuízo sofrido pela vítima, da culpa do agente ou do preposto, e do nexó causal entre esses elementos, sendo indispensável que a concomitância de todos esses pressupostos esteja plenamente evidenciada nos autos”⁷⁴.

II. Responsabilidade Civil.

O cerne da quizila ora em apreciação consiste em perquirir se a publicação veiculada pela EDITORA VERDES MARES LTDA no periódico “Jornal da Rua” em 20 de janeiro de 2000, na coluna escrita pelo jornalista Cláudio Silveira Cabral Ferreira, feriu o direito de imagem do autor da demanda, Werner Spangenberg Heins, ao divulgar uma fotografia sua de forma desautorizada, e, ainda, se comportou insinuações e ofensas que macularam a sua honra e intimidade, causando-lhe danos de ordem moral.

3 Apelação cível nº 45621322.2000.8.06.0000, TJCE, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Sales Neto, julgado em 10/05/2010, publicado em 21/05/2010

4 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:

Omissis

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;

Omissis

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Omissis

É imperativo destacar que embora não se olvide o relevante papel social da imprensa, notadamente no que pertine ao direito de acesso à informação, o qual, inclusive, é constitucionalmente assegurado pelo artigo 5^o, inciso XIV, da Carta Magna, não se pode pretender que seja dado às organizações de imprensa a possibilidade de ignorar o direito do cidadão à inviolabilidade de sua intimidade, vida privada, honra e imagem, também assegurado pela Lei Maior (art.5^o, inciso X), e, tampouco de se escusarem da reparação dos danos decorrentes dos conteúdos divulgados indevidamente quando excedido ou desvirtuado o exercício da atividade de informar.

Nesse azo, forçoso reconhecer que nem o direito à informação e nem o direito à intimidade são absolutos, isto é, diante de determinadas situações tanto o primeiro como o segundo poderão ceder espaço a incidência do outro. Rui Stoco, com muita clareza, sobre o tema assevera: “(...) *nem a pessoa humana tem direito absoluto de não ter sua imagem divulgada, nem a imprensa tem o direito absoluto de invadir a intimidade e a privacidade das pessoas ou divulgar imagens e notícias sem perquirir suas consequências*”⁶.

São pertinentes ao caso as colocações da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp 896635/MT⁷ :

“O direito de informação é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Suas duas facetas revelam que todo o cidadão tem direito à informação e que, ao mesmo tempo, é ampla a liberdade de imprensa. Além de atender a um conteúdo mínimo de dignidade, pois a racionalidade humana deságua naturalmente na comunicação, na linguagem e na opinião, a informação possibilita a todos os cidadãos um exercício de reflexão sobre a natureza da sociedade em que vivemos e seu futuro. Sem liberdade

5 STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil - 6. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 1744.

6 REsp 896635/MT, STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 26/02/2008, publicado no DJe 10/03/2008. Grifos nossos.

7 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

de informação, não há crítica possível e, com isso, a participação popular no exercício do poder se reduz a formalismo estéril. (...) É tamanha importância da informação que quaisquer limitações a esse direito devem ser vistas como exceções. Não obstante, é importante que se diga: tais exceções existem e são claras em nosso ordenamento jurídico. (...) A primeira e mais importante dessas limitações é que o direito de informação não se sobrepõe e tampouco elimina quaisquer das outras garantias individuais, entre as quais se destacam a honra e a intimidade. A tarefa do jurista se circunscreve, portanto, a bem delimitar a fronteira entre o legítimo e o abusivo exercício da liberdade de informação, entre a informação e dos demais direitos individuais. (...) (Grifo nosso)

No caso telado, é prudente segmentar a pretensão autoral em duas situações para uma melhor compreensão da controvérsia representada na lide, as quais consistem: 1) na exibição desautorizada de fotografia do autor e 2) no conteúdo do texto que acompanhava aquela imagem na ocasião da divulgação.

Quanto à primeira situação, a meu sentir, incidem circunstâncias que afastam dos demandados a responsabilidade pelo uso da imagem do autor, ainda que não tenha havido autorização formal para sua utilização e divulgação, sendo de extrema relevância para o caso em tela anotar que a fotografia do promovente veiculada no periódico fora por ele próprio, anos antes da publicação aqui discutida, entregue a “Agências de Modelos para eventuais contratos”, conforme informado na petição inicial, e, associado a tal evento, isto é, à entrega espontânea da fotografia pelo demandante a diversas agências de modelos, está o fato, por ele também admitido em seu depoimento pessoal (págs.198/199), de que “(...) conhece Franklin Charles, com quem se relacionou profissionalmente durante dois anos (...)”, ou seja, o mesmo Franklin Charles, produtor do “Concurso Mister Ceará”, que entregou a fotografia e os dados do promovente – como quem por dois anos mantivera relação profissional – ao colunista Cláudio Silveira Cabral Ferreira, a fim de que este promovesse o evento em sua coluna, apresentando o autor como uma atração daquele concurso.

Assim, a meu sentir, não se pode adotar nesta lide a mesma medida que se aplicaria ao caso de uma pessoa comum, anônima, que

jamais transitou pelo meio artístico, que tivesse uma imagem sua divulgada sem autorização, há de se considerar que as circunstâncias que envolveram a publicação da imagem foram efetivamente capazes de dotar aquela exibição de feições de regularidade, sendo plenamente capaz de induzir o colunista, e via de consequência a EDITORA VERDES MARES LTDA, a crer que o produtor do evento indicava, com as autorizações necessárias, a imagem de um modelo, participante do concurso, para ilustrar a divulgação do “Mister Ceará”.

Vê-se, pois, que considerado o contexto abarcado pelo caso, embora já tivesse o autor abandonado a carreira como modelo na época dos fatos, há de se lhe aplicar o mesmo entendimento dirigido às personalidades ou às chamadas pessoas públicas no caso da exibição desautorizada de imagens, sendo pertinente destacar a esclarecedora lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Uma matéria jornalística, por exemplo, sobre a vida de alguém pode pôr em linha de atrito o direito de liberdade de expressão e a pretensão à privacidade do retratado. Considerados em abstrato, ambos os direitos são acolhidos pelo constituinte como direitos fundamentais. A incidência de ambos no caso cogitado, porém, leva a conclusões contraditórias entre si. Para solucionar o conflito, hão de se considerar as circunstâncias do caso concreto, pesando-se os interesses em conflitos, no intuito de estabelecer que princípio há de prevalecer, naquelas condições específicas, segundo um critério de justiça prática.

Assim, **se um indivíduo tem uma vida pública ativa, será mais provável que uma reportagem envolvendo aspectos da sua vida particular venha a ser prestigiada, conferindo preponderância à liberdade de imprensa sobre o direito à privacidade. Isso não se deverá a uma recusa do direito à privacidade à personalidade pública, mas atenderá à ponderação de que, se o retratado vive do crédito público, da imagem que ostenta, a sociedade tem o direito de saber se a sua vida pessoal corresponde ao que pretende fazer crer. Já a revelação de dados íntimos de pessoa que não depende profissionalmente da imagem pública e que não está no centro de um**

acontecimento socialmente relevante, tende a não justificar a interferência da imprensa sobre a sua privacidade.

Essa característica dos princípios de funcionarem como mandados de otimização revela-lhes um elemento essencial. Eles possuem um caráter *prima facie*. Isso significa que o conhecimento da total abrangência de um princípio, de todo o seu significado jurídico, não resulta imediatamente da leitura da norma que o consagra, mas deve ser complementado pela consideração de outros fatores. A normatividade dos princípios é, nesse sentido, provisória, “potencial, com virtualidades de se adaptar à situação fática, na busca de uma solução ótima⁸” (Grifo nosso)

Nesse azo, conforme já explicitado, tenho por justificada, pelo contexto em que se inseriu, a exibição da imagem do autor naquele periódico, reconhecendo a aparente situação de regularidade que envolveu os demandados ao receberem do produtor Frankley Charles a multicitada fotografia para promoção do “Concurso Mister Ceará”, de modo que se houve conduta indevida nesse tocante teria esta sido desempenhada pelo referido produtor ao entregar a foto e os dados pessoais do autor, no entanto, além de tal questão refugir aos limites desta demanda, porquanto aquele indivíduo sequer figura nos presentes autos, haveria de se analisar os limites e condições da relação profissional que manteve com o autor, por mais de dois anos, frise-se, para que se pudesse efetivamente precisar se houve e em qual extensão teria se dado uma eventual conduta indevida pelo produtor.

Assim, uma vez que no caso em comento é subjetiva e extracontratual a responsabilidade dos demandados, desconfigurada sua culpa pela exibição da imagem do promovente, não subsiste a pretendida responsabilização pelos eventuais danos que possam dela ter decorrido, pois, como bem explicitado por Carlos Roberto Gonçalves: “Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva”, pressupõe a culpa

8 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil, 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade⁹ ”

Nesse sentido é o recente julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA. AUSÊNCIA DE OFENSA À IMAGEM E À HONRA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA EXTRA CONTRATUAL NÃO CONFIGURADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. A responsabilidade de empresa jornalística por publicação de matéria que se alega ofensiva desafia responsabilidade civil subjetiva extracontratual, que exige, para a sua configuração, a presença da culpa lato sensu, do dano e do nexu causal.

[...]

(Apelação Cível nº 0085469-26.2011.8.19.0001, TJRJ, 17ª Câmara Cível, julgado em 19/11/2014, publicado em 25/11/2014) Grifo nosso.

Superada a questão relativa à exposição da imagem do promovente, resta analisar se o texto que integrava a publicação continha insinuações e ofensas ao autor da demanda que tenham ensejado danos à sua honra, legitimando a imposição da obrigação indenizatória pretendida, sendo oportuna a sua transcrição integral:

GALÃ FAZ POSE DE GALÃ

Fazendo sua pose de galã de filme sueco (segundo o expert Pedro Martins Freire – o cinemeiro) Werner Spangenberg é um gaúcho (mais um) que adotou Fortaleza e vai participar do Concurso Mister Ceará que, este ano, acontecerá na buate Broadway, reduto GLS (Gays, Lésbicas e Simpatizantes), e, daí deverão acontecer vexames quando Werner começar a desfilar. Recomendamos a Franklei Charles (produtor) e o Flávio Torres (promotor) levarem grandes quantidades de saís para acalmar a alegríssima plateia de MR. Ceará”.

9 Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
omissis

Segundo o autor da demanda, o texto em destaque teria sido redigido de maneira irônica e pejorativa, sustentando ofensas e insinuações acerca de sua sexualidade e conduta pessoal, pois ao caracterizá-lo como “galã de filme sueco” deu a entender que seria um ator de filmes pornográficos, e, ainda, ao chamá-lo de “gaúcho”, quando em verdade é oriundo do Estado do Pará, insinuara que ali se tratava de um homossexual, pois fez alusão a anedotas locais que associam a figura do “macho gaúcho” ao homossexual.

Após empreender uma análise detida do texto, bem como dos demais elementos que compõem os autos, não visualizo condições de acolher a argumentação alinhada pelo demandante, isto porque, a meu sentir, as supostas ofensas e insinuações advêm, tão somente, de uma interpretação maliciosa das palavras do jornalista, uma vez que se me afigura absurdo entender que as expressões “galã de filme sueco” e “gaúcho” sejam, respectivamente, equivalentes a “ator de filmes pornográficos” e “homossexual”, pois, quanto à primeira, restou suficientemente demonstrado no caderno processual que o colunista tecera, na verdade, elogios à beleza física do promovente, comparando-o a galãs de filmes oriundos de um país cuja beleza do povo é mundialmente conhecida, ao passo que a segunda expressão, “gaúcho”, parece-me ter resultado simplesmente de um equívoco do colunista em relação à origem do autor, certamente ao associar as suas feições europeizadas às informações recebidas do produtor do evento.

Releva, ademais, anotar que, do mesmo modo o restante do texto cuida apenas em destacar o local em que se realizaria o evento, o qual, embora caracterizado pelo colunista como um “reduto GLS”, nada insinua acerca da sexualidade do promovente, ali retratado como participante (atração) do evento e não como parte do público que supostamente seria composta por homossexuais, e, finaliza o texto novamente enaltecendo a beleza do promovente.

Dessarte, não se desincumbiu o demandante de comprovar os fatos constitutivo de seu direito, a teor do que lhe impõe o artigo 333¹⁰, inciso I, do CPC, tendo sua argumentação se alicerçado em meras

10 GONÇALVES, Carlos Roberto. Op.Cit.

ilações que, confrontadas com o elenco probatório carreado aos autos, não se confirmam, porquanto decorrentes apenas de sua interpretação do texto supramencionado, e, ainda que se admita, em tese, a possibilidade de ter sofrido incômodos em razão daquela publicação, não se visualiza a amplitude necessária para que se configurassem ofensas a sua honra e dignidade capazes de importar em efetivos danos de caráter moral.

Nesta senda, inexistindo na espécie efetivo abalo de ordem moral, falece a pretensão indenizatória formulada pelo demandante, porquanto ausente elemento essencial para a responsabilização civil, qual seja, o dano, pois, como bem destacado por Carlos Roberto Gonçalves: “Embora possa haver responsabilidade sem culpa, não se pode falar em responsabilidade civil ou em dever de indenizar se não houve dano. Ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator”.

Na irretocável lição de Rui Stoco¹¹ : “deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato). (...) Esse comportamento gera, para o autor, a responsabilidade civil, que traz, como consequência, a imputação do resultado à sua consciência, traduzindo-se, na prática, pela reparação do dano ocasionado, conseguida, normalmente, pela sujeição do patrimônio do agente, salvo quando possível a execução específica. Por outras palavras, é o ilícito figurando como fonte geradora da responsabilidade”.

Nesse sentido já decidiu reiteradas vezes esta 6ª Câmara Cível, em sintonia com o entendimento já declarado nesse Sodalício.

11 Stoco, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, 7ª ed. rev. atual. e ampli. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 127.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - NEGATIVA DE CONCESSÃO DE CRÉDITO - INEXISTÊNCIA DE DANOS - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - APELAÇÃO IMPROVIDA.

[...]

Inexistindo conduta danosa, não há que se falar em dever reparatório.

[...]

(Apelação Cível nº 50864-22.2008.8.06.0001/1, TJCE, 6ª Câmara Cível, Re. Des. Sérgia Maria Mendonça Miranda, julgado em 23/11/2011, publicado no Dje 01/12/2011) Grifo nosso.

CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ABALROAMENTO ENTRE MOTOCICLETA E VEÍCULO. AUSÊNCIA DE AÇÃO OU OMISSÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL INDEVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

Para a configuração da responsabilidade civil, imprescindível a concorrência de três requisitos, quais sejam, a ação ou omissão, o nexo de causalidade e o dano.

[...]

(Apelação Cível nº 654414-54.2000.8.06.0001/1, TJCE, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Barbosa Filho, julgado em 11/01/2012, publicado no Dje 19/01/2011) Grifo nosso.

Em arremate, resta evidenciado que tanto em relação à exibição da imagem do promovente, quanto ao texto publicado não se revelam presentes os elementos ensejadores do dever indenizatório perseguido na presente demanda, seja pela ausência de culpa em relação à exibição da multicidada fotografia, ainda que desautorizada, seja pela inexistência de cunho ofensivo ou difamatório no texto escrito pelo colunista e veiculado pela editora, ora demandados.

Diante de todo o exposto e o que mais dos autos consta, recebo os recursos para dar provimento aos Apelos manejados por Cláudio Silveira Cabral Ferreira e EDITORA VERDES MARES LTDA, e, negar

provimento à Apelação proposta por Werner Spangenberg Heins, a fim de julgar improcedente o pleito autoral.

Finalmente, condeno o promovente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixados no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a ser dividido em igual proporção entre os patronos dos demandados, devendo, contudo, ser observado o disposto no artigo 12 da Lei 1.060/50, uma vez que o autor é beneficiário da gratuidade judicial.

É como voto.

Fortaleza, 25 de fevereiro de 2015.

PROCESSO: 0509291-39.2011.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: ARLINETE FERNANDES DE SOUSA
APELADO: ELOINA SOARES ROCHA
RELATOR: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. POSSE. PRELIMINAR. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO NÃO REQUERIDA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL E FUNGIBILIDADE. BENEFÍCIO CONCEDIDO. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS E HONORÁRIOS. PRELIMINAR ACOLHIDA. MÉRITO. IMISSÃO NA POSSE DE IMÓVEL. ATOS DE MERA PERMISSÃO. CONSTITUIÇÃO DE USUCAPIÃO. INADMISSIBILIDADE. RECUSA À DEVOLUÇÃO DO BEM. POSSE PRECÁRIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Das preliminares.

1.1. Inicialmente cabe debruçar-se sobre questionamento recursal preliminar referente ao pedido de benefício de gratuidade judiciária realizado pela apelante.

1.2. Em homenagem ao princípio da economia processual e com autorização do princípio da fungibilidade, recebo tal postulação, ainda que tal pleito não tenha sido requerido em primeiro grau, porquanto tal favor legal pode ser pedido a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

1.3. Preliminar ACOLHIDA para deferir a apelante o benefício da justiça gratuita, devendo ser suspenso o pagamento da condenação pelas custas e honorários advocatícios fixados em sentença pelo prazo de 5 (cinco) anos, a teor do

art. do art. 12 da Lei nº. 1.060/50.

2. Do mérito.

2.1. No mérito, a parte apelante, Arlinete Fernandes de Sousa, se insurge ao julgado que deferiu imissão de posse do imóvel litigioso em favor da parte adversa, Eloina Soares Rocha.

2.2. Na argumentação empreendida pela apelante faz-se registrar que a mesma possuía amplo conhecimento do *status* do imóvel, o qual fora hipotecado à Caixa Econômica Federal em dezembro de 1997 e posteriormente alienado à irmã da recorrente.

2.3. Os atos de mera permissão ou tolerância não induzem a posse do bem, ou seja, o mero ato do estabelecimento da moradia da recorrente, favorecida por sua irmã, não induz a regularidade da posse empreendida.

2.4. Por mais que intente demonstrar o contrário, a apelante não consegue justificar que sua posse, apesar de não ser clandestina ou violenta, constituiu-se de forma precária no momento em que permaneceu recalcitrante em efetivar a devolução do bem a quem possuía a posse regular

3. Recurso conhecido e parcialmente provido para reformar-se a sentença somente para conceder o benefício da justiça gratuita em favor da apelante, suspendendo-se o pagamento da condenação em custas e honorários, conforme art. 12, da Lei nº. 1.060/50.

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 a Apelação Cível nº. 0509291-39.2011.8.06.0001, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 4 de março de 2015

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível ajuizada por Arlinete Fernandes de Sousa em contrariedade a decisão do Juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza - CE que, nos autos da ação de imissão de posse julgou procedente a pretensão da requerente/apelada, Eloina Soares Rocha, ordenando a expedição de mandado de imissão de posse em favor da postulante/apelada.

Em sua peça recursal, às fls. 198/208, a parte recorrente discorre que a promovente alega ter adquirido o imóvel litigioso através da empresa gestora de ativos – EMGEA, arrematando-o em leilão promovido pela Caixa Econômica Federal, razão pela qual entende possuir o direito de ser imitada na posse do bem arrematado.

Preliminarmente, argui a impossibilidade de condenação da apelante em custas e honorários por ser beneficiária da Lei nº. 1.060/50.

No mérito, narra ter demonstrado, através de contestação, que não subsiste argumentos fáticos e jurídicos aptos a conceder o pleito autoral, em vista da arguição da usucapião em defesa da apelante.

Menciona que não restou comprovado que a apelante pretendia obstacularizar a imissão de posse da autora, pois não recebeu nenhuma notificação extrajudicial referente a arrematação do imóvel, residindo sob o mesmo mansa e pacificamente há mais de 15 (quinze) anos, reunindo todas as condições necessárias para aquisição da propriedade através da usucapião.

Ao término, requer a reforma da decisão singular, para que seja desconstituída a condenação em custas e honorários advocatícios, bem como sejam julgados improcedentes todos os pleitos autorais.

Em contrarrazões, a apelada disserta que o imóvel, objeto da presente lide, fora adquirido pela irmã e pelo cunhado da promovida, no ano de 1997, conforme se infere do registro em matrícula, deitando por terra a argumentação incomprovada da subsistência de requisitos para aquisição do imóvel através de usucapião.

Aponta que desde a averbação no contrato de registro de imóveis os adquirentes transferiram a propriedade resolúvel à Caixa Econômica Federal e, nem os adquirentes, nem a recorrente, jamais exerceram a posse *ad usucapionem* sobre o imóvel durante a vigência do contrato, pois impossível afirmar-se a posse com *animus domini* a qualquer dos contratantes.

Ressalta que a apelante afirma em seu instrumento recursal a efetivação de pagamento de aluguel em favor de sua irmã, o que afasta indubitavelmente o reconhecimento da posse em favor da recorrente. Destaca, também, a carência de elementos probatórios necessários a caracterização da usucapião.

Conclui requerendo o improvimento do presente apelo e a manutenção integral da sentença, com os consectários da condenação pelas custas e honorários imposta no julgado.

Empós, encaminhe-se os autos à douta Revisão, de acordo com art. 33, II, do RITJCE.

Expedientes de estilo.

VOTO

Inicialmente cabe debruçar-se sobre questionamento recursal preliminar referente ao pedido de benefício de gratuidade judiciária realizado pela apelante.

Em homenagem ao princípio da economia processual e com autorização do princípio da fungibilidade, recebo tal postulação, ainda que tal pleito não tenha sido requerido em primeiro grau, porquanto tal favor legal pode ser pedido a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, nos termos do art. 9º, da Lei nº. 1.060/50.

No caso em apreço, a requerente afirmou não possuir condições de arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios, pois o custeio de tal ônus implicaria em prejuízo de seu sustento ou de sua família.

Para obtenção de tal benefício, a recorrente anexou à sua pretensão recursal, recibo de pagamento de salário que, na época, representava o patamar de 1 (um) salário-mínimo, comprovando-se a

contento a situação econômica de hipossuficiência que não lhe permite pagar as custas do processo e os honorários de advogado. O requerimento não foi refutado pela parte contrária, que somente solicitou a continuidade da condenação pelas custas e honorários fixados em sentença, sem apresentar demais fundamentos.

Em verdade, a condenação pelas custas e honorários não pode ser dispensada ou desconstituída como o requer a parte apelante, mas deve permanecer suspensa pelo período de 5 (cinco) anos, a contar da decisão final de mérito, ficando a obrigação prescrita após o transcurso de tal prazo. Esta é a inteligência do art. 12 da Lei nº. 1.060/50, preceito o qual transcrevo abaixo:

Art. 12. A parte beneficiada pelo isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.

Dessa feita, não subsistindo fundadas razões para indeferir o pedido de justiça gratuita, ACOLHO a preliminar levantada pela apelante, para deferir-lhe o benefício da gratuidade judiciária, devendo ser suspenso o pagamento da condenação pelas custas e honorários advocatícios fixados em sentença pelo prazo de 5 (cinco) anos, a teor do art. do art. 12 da Lei nº. 1.060/50 acima epigrafado.

No mérito, a parte apelante, Arlinete Fernandes de Sousa, se insurge ao julgado que deferiu imissão de posse do imóvel litigioso em favor da parte adversa, Eloina Soares Rocha.

Observa-se que o registro imobiliário do bem imóvel, autuado sob a matrícula de nº. 1016, no Cartório de Imóveis da 3ª Zona da Comarca de Fortaleza, fls. 17/22, possui em sua anotação R-12/1016, datada de 10 de agosto de 2011, o assento da transmissão do imóvel, anteriormente de propriedade da empresa gestora de ativos – EMGEA à Eloina Soares Rocha.

Ressalte-se que na argumentação empreendida pela apelante faz-se registrar que a mesma possuía amplo conhecimento do *status* do imóvel, o qual fora hipotecado à Caixa Econômica Federal em dezembro

de 1997 (fl. 19, registro R-6/1016, matrícula de nº. 1016) e posteriormente alienado à irmã da recorrente.

Ora, deve-se ressaltar que os atos de mera permissão ou tolerância não induzem a posse do bem, ou seja, o mero ato do estabelecimento da moradia da recorrente, favorecida por sua irmã, não induz a regularidade da posse empreendida. Nestes termos, colaciona-se doutrina abalizada de Francisco Eduardo Loureiro, citado por Maria Helena Diniz, sobre o tema:

Atos do mera permissão ou tolerância: Francisco Eduardo Loureiro ensina que enquanto a permissão requer um comportamento positivo do possuidor que, sem perder a vigilância sobre o bem, o entrega voluntariamente a terceiro, para que este o tenha momentaneamente, a tolerância, por sua vez, é a conduza omissiva, consciente ou não, do possuidor que, sem renunciar à posse, admite atividade de terceiro em relação a coisa ou não intervém quando ela ocorrer. O ato de tolerância requer um consenso tácito, podendo ser ato de condescendência oriundo de relações de vizinhança ou de amizade, como diz Joel Dias Figueira Junior. Os atos de mera permissão ou tolerância não induzem a posse por serem decorrentes de um consentimento expresso ou de concessão do dono, sendo revogáveis pelo concedente. (DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 14 ed. Ed. Saraiva, 2009, pág. 825/826).

Ora, por mais que intente demonstrar o contrário, a apelante não consegue justificar que sua posse, apesar de não ser clandestina ou violenta, constituiu-se de forma precária no momento em que permaneceu recalcitrante em efetivar a devolução do bem a quem possui a posse regular do imóvel, pois o mesmo fora adquirido pela parte apelada. Assim, não se pode evidenciar a constituição da usucapião em favor da parte recorrente, uma vez que não foram observados os elementos figuradores para a aquisição da prescrição aquisitiva do imóvel. Nestes termos:

É precária (precario) a posse quando o possuidor recebe a coisa com a obrigação de restituí-la e, abusando da confiança, deixa de devolvê-la ao proprietário, ou possuidor legítimo. O vício inicia-se no momento em que

o possuidor se recusa a devolver o bem a quem de direito. A posse, que era justa, torna-se injusta. Torna-se injusta não porque mudou somente o animus do possuidor, mas porque mudou a causa, a razão pela qual se possui. Tome-se como exemplo o comodato. A posse é justa durante o prazo convencionado, porque há uma razão jurídica que justifique a posse, vale dizer que a sua causa é lícita. Expirado o prazo convencional, a posse que era justa torna-se injusta, porque houve quebra do dever de restituição, desapareceu a razão jurídica que amparava a posse e praticou o possuidor, agora precário, ato ilícito contra o ex-possuidor. Via de regra, a posse precária nasce da posse direta, no momento em que há quebra do dever de devolução da coisa. A posse direta não é precária, porque a sua causa é lícita, entregue que foi pelo possuidor indireto. Enganam-se, assim, aqueles que dizem que as posses do locatário, ou do comodatário, ou do credor pignoratício são precárias. Na verdade, são posses diretas e justas, que se tornarão precárias no exato momento em que houver quebra do dever de restituir

(PELUSO, Cezar (Coordenador). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. e atual. - Barueri, SP : Manole, 2010. fls. 1145/1146).

Neste sentido, a apelante mantinha a somente posse do imóvel, enquanto o mesmo era da propriedade de sua irmã. Após a mudança de titularidade, registrada regularmente em cartório competente, e através do conhecimento de tal fato pela parte insurgente como afirmado em suas próprias razões, a permanência no imóvel passou a ter caráter precário, ante a desobediência em conceder o bem imóvel, bem como todos os direitos inerentes à posse a quem a detém por direito, devendo a parte apelada ser imitada na posse, conforme determinado no julgado.

Colaciono precedentes em semelhante sentido:

EMBARGOS DE TERCEIRO Oposição nos autos de ação de imissão na posse, movida pelos atuais proprietários de bem imóvel adquirido de terceiro arrematante em leilão extrajudicial realizado em sede de execução promovida pela credora hipotecária (Caixa Econômica Federal) Embargos opostos pelos ocupantes do bem, que celebraram "contrato de gaveta" com supostos anteriores possuidores, os quais, por sua vez, adquiriram a posse dos primitivos

adquirentes, devedores hipotecários. Ausência de anuência da CEF acerca da cessão direitos e assunção de dívida hipotecária. Incontroverso o inadimplemento do contrato de financiamento firmado pelos primitivos adquirentes. Não demonstrada irregularidade no procedimento adotado pela CEF. Posse precária e injusta dos embargantes que não se sobrepõe ao direito de imissão na posse dos embargados, titulares do direito real de propriedade. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.

(TJ-SP - APL: 40048222020138260224 SP 4004822-20.2013.8.26.0224, Relator: Rui Cascaldi, Data de Julgamento: 12/08/2014, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/08/2014).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE. EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO. DOMÍNIO. A ação de imissão de posse se justifica quando o legítimo proprietário fica impedido de tomar a posse do bem, ou seja, é uma ação do proprietário sem posse contra o possuidor sem título. Provado o domínio da parte demandante com prova cabal da propriedade, justifica-se a procedência da ação para se imitar na posse em detrimento de quem a conserva injustamente, assim como se justifica o desacolhimento da exceção de usucapião, fundada em posse precária.

(Apelação Cível Nº 70059670125, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 11/06/2014)

IMISSÃO NA POSSE Preliminar de carência de ação rejeitada, uma vez que o imóvel descrito na inicial, em cuja posse a apelada pretende se imitar, corresponde ao imóvel do qual é proprietária, adquirido da CEF. Imóvel adquirido pela apelada da CEF, que o arrematara em leilão efetuado em execução extrajudicial. Os apelantes eram mutuários do imóvel, em virtude de contrato de compra e venda pelo SFH, hipotecado em favor da CEF Inadimplemento. Arrematação do imóvel pela CEF, que o alienou à apelada. Não há que se falar em usucapião do imóvel, uma vez que a posse dos apelantes era exercida em caráter precário, na condição de mutuários, ausente, portanto, o *animus domini*, requisito essencial à aquisição do imóvel por usucapião. Com o registro do seu título aquisitivo na matrícula do imóvel, a apelada se tornou titular do seu domínio, fazendo jus a imitar-se na sua posse. Sentença mantida, quanto ao

mérito. Verba honorária reduzida para R\$ 1.000,00 - Art. 20, § 4º do CPC - Recurso provido em parte, somente para tal fim.

(TJ-SP - APL: 104339320098260084 SP 0010433-93.2009.8.26.0084, Relator: Paulo Eduardo Razuk, Data de Julgamento: 08/05/2012, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/05/2012).

Do exposto, CONHEÇO do presente apelo, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, reformando-se a sentença objurgada somente para conceder o benefício da justiça gratuita em favor da apelante, suspendendo-se o pagamento da condenação em custas e honorários, conforme art. 12, da Lei nº. 1.060/50.

Nos demais preceitos, mantem-se integralmente a sentença de primeiro grau, a qual ordenou a expedição de imissão de posse em favor da apelada, Sra. Eloina Soares Rocha.

É como voto.

Fortaleza, 4 de março de 2015.

PROCESSO. 0051859.40.2005.8.06.0001

ORIGEM: 22ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA – CEARÁ.

APELANTE: MERCANTIL SÃO JOSÉ S/A COMÉRCIO E INDÚSTRIA

APELADO: GYNART - ACADEMIA DE GINÁSTICA LTDA.

RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REPARAÇÃO DE DANOS. DECISÃO JUDICIAL EM AÇÃO DISTINTA, COM PARTES DIVERSAS, QUE ACARRETOU A QUEBRA DO CONTRATO LOCATÍCIO. CASO FORTUITO/MOTIVO DE FORÇA MAIOR. CARACTERIZADO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE DA APELANTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 393 DO CÓDIGO CIVIL. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em votação unânime, pelo conhecimento e provimento do apelo, tudo em conformidade com os termos do voto do e. Desembargador Relator.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2014

RELATÓRIO

Bem examinados os autos, trata-se de Apelação Cível tirada em face da r. Sentença que na origem julgou parcialmente procedente a Ação Declaratória de Nulidade de Contrato Locatício c/c com Pedido de Reparação da Dano Material e Moral e Perdas e Danos.

Ao analisar o mérito, o d. Magistrado salientou que com a imissão na posse do imóvel pela empresa Cia. Dias de Souza Comércio e Indústria ocorreu a quebra do contrato locatício entre promovente e requerido, donde sobreveio o dano a ser reparado, a saber: multa por quebra de contrato, conforme cláusula contratual, lucros cessantes à empresa promovente/apelada (pelo período referente à um mês de sua atividade), bem como dano moral na monta de 11.565,00 (onze mil, quinhentos e sessenta e cinco reais).

Inconformado com referida Sentença, o Mercantil São José S/A Comércio e Industria interpôs o presente recurso de Apelação onde sustenta, em suma: a) a aplicação da lei do inquilinato, notadamente na parte que tange à locação comercial, b) a situação de semi-quebra da empresa recorrida de modo a demonstrar que a imissão na posse e o consequente despejo da mesma em nada modificou a situação financeira da empresa, c) a impossibilidade da condenação ao pagamento da multa contratual, uma vez que não houve má-fé objetiva da empresa recorrente, d) a inexistência de dano moral indenizável.

Em sede de contrarrazões, o recorrido reafirma as alegações da exordial e pede a manutenção do decisório conforme proferido.

Deixei de remeter à d. Procuradoria Geral de Justiça, por se tratar de demanda que versa sobre direitos individuais disponíveis.

É o que importa relatar.

À d. Revisão.

VOTO

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

Segundo as regras gerais de civil, para que se comprove o dano material e moral indenizável, necessário se faz a conjugação dos seguintes requisitos: a) ação ou omissão do agente; b) ocorrência de dano; c) culpa e d) nexó de causalidade, é o que se depreende dos arts. 186 e 927 do Código Civil, como se vê:

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (Código Civil)

Ocorre, *in casu*, que a quebra do contrato locatício não se deu por ato do recorrente, mas por força de decisão judicial, a qual determinou a imissão na posse do imóvel à empresa Cia. Dias de Souza Comércio e Industria. Referido fato compõe o que a doutrina caso fortuito ou força maior.

O Código Civil diz que o caso fortuito ou de força maior existe quando uma determinada ação gera consequências, efeitos imprevisíveis, impossíveis de evitar ou impedir: Caso fortuito + Força maior = Fato/Ocorrência imprevisível ou difícil de prever que gera um ou mais efeitos/consequências inevitáveis.

A decisão judicial que determinou a imissão na posse do imóvel à empresa Cia. Dias de Souza Comércio e Industria, acarretou via de consequência a rescisão imprevisível e inevitável do contrato de aluguel tido entre as partes do processo.

Destarte, a verdade é que o Código Civil em seu art. 393 do Código Civil estabelece a consequência para ambas as excludentes: exoneração do dever de indenizar.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Dessa forma, sempre que presente um fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir, estaremos diante de uma hipótese de caso fortuito ou força maior apta a exonerar o agente. Não obstante o artigo se refira à responsabilidade contratual, a jurisprudência já se firmou no sentido de que ele tem aplicação, também, à responsabilidade extracontratual.

Nesse sentido colho a orientação jurisprudencial:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. EXPLOÇÃO DE BOMBA EM COMPOSIÇÃO FERROVIÁRIA. FATO DE TERCEIRO. CASO FORTUITO.

1. A jurisprudência do STJ possui entendimento no sentido de que a colocação de artefato explosivo em composição ferroviária por terceiro deve ser caracterizada como fortuito externo, por se tratar de fato não relacionado com os riscos inerentes à atividade explorada. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1160265/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2014, DJe 01/08/2014)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. MULTA. INAPLICABILIDADE. INTUITO PREQUESTIONADOR DOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS. SÚMULA Nº 98/STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. AÇÃO CRIMINOSA PERPETRADA POR TERCEIRO. REALIZAÇÃO DE DISPAROS A ESMO COM ARMA DE FOGO CONTRA O PÚBLICO NO INTERIOR DE SALA DE CINEMA. CASO FORTUITO. IMPREVISIBILIDADE E INEVITABILIDADE. EXCLUDENTE DO DEVER DE INDENIZAR. RUPTURA DO NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO SHOPPING CENTER E OS DANOS SUPOSTADOS POR VÍTIMA DOS DISPAROS.

1. Não subsiste a alegada ofensa ao artigo 535 do CPC, pois o tribunal de origem enfrentou as questões postas, não havendo no aresto recorrido omissão, contradição ou obscuridade.

2. Evidenciado o caráter prequestionador dos embargos declaratórios, impõe-se afastar a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil, a teor do que dispõe a Súmula nº 98/STJ.

3. A culpa de terceiro, que realiza disparos de arma de fogo contra o público no interior de sala de cinema, rompe o nexo causal entre o dano e a conduta do shopping center

no interior do qual ocorrido o crime, haja vista configurar hipótese de caso fortuito, imprevisível, inevitável e autônomo, sem origem ou relação com o comportamento deste último.

4. Não se revela razoável exigir das equipes de segurança de um cinema ou de uma administradora de shopping centers que previssem, evitassem ou estivessem antecipadamente preparadas para conter os danos resultantes de uma investida homicida promovida por terceiro usuário, mesmo porque tais medidas não estão compreendidas entre os deveres e cuidados ordinariamente exigidos de estabelecimentos comerciais de tais espécies.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1384630/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 12/06/2014)

RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA AFASTADA. CASO FORTUITO EXTERNO. SÚMULAS N. 7 E 83 DO STJ.

1. Afasta-se a responsabilidade da empresa de transporte coletivo quando o dano é causado por fato de terceiro que representa caso fortuito externo, sendo estranho à atividade transportadora.

2. É inviável, em sede de recurso especial, o reexame do conjunto fático-probatório da demanda. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 97.872/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 17/02/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO REGRESSIVA. SEGURO. ROUBO DE CARGA. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA. EXCLUSÃO.

1.- Pacífico nesta Corte o entendimento de que o roubo de carga, com uso de arma de fogo, configura força maior a elidir a responsabilidade da transportadora perante a seguradora do proprietário da mercadoria transportada, o que acarreta a improcedência da ação regressiva de ressarcimento de danos.

2.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 408.398/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 07/11/2013)

Isso posto, CONHEÇO do recurso de apelação interposto, para no mérito LHE DÁ PROVIMENTO, reformando a sentença vergastada, para entender que diante do caso fortuito/força maior inexistente responsabilidade da apelante ante os supostos prejuízos sofridos pela recorrida.

Em face do provimento do apelo, inverteo os ônus de sucumbência.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2014.

PROCESSO Nº 0055332-34.2005.8.06.0001 – APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: FIDUCIAL CAFRE NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS LTDA
APELADO: CELSO CANDIDO DA SILVA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: Des. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRATO DE LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA. PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS E DE REVERSÃO DA CAUÇÃO EM DINHEIRO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PLEITO AUTORAL. CONDENAÇÃO DA RÉ A RESTITUIR AO AUTOR O VALOR DADO EM GARANTIA. APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DE FATOS IMPEDITIVOS, EXTINTIVOS OU MODIFICATIVOS DO DIREITO AUTORAL. ÔNUS DO RÉU. CPC. ART. 333, II. INCIDÊNCIA DO ART. 38, § 2º DA LEI 8.245/91. APELAÇÃO DESPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível, em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer da apelação, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 20 de abril de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por FIDUCIAL CAFRE NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS LTDA contra sentença proferida

pelo Juiz da 15ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Ordinária nº 2005.0019.7839-1/0, proposta por CELSO CÂNDIDO DA SILVA, para julgar parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a apelante a restituir integralmente a caução “paga pela parte autora no valor de R\$ 4.053,47 (quatro mil e cinquenta e três reais e quarenta e sete centavos), com juros e corrigidos monetariamente”.

Na inicial da ação proposta na origem, o apelado afirma que celebrou com a recorrente contrato de locação comercial do imóvel localizado na Rua General Bezerril, nº 638-A, com vigência de 1º de julho de 2004 a 30 de junho de 2005, prestando caução real no valor de R\$ 4.053,47 (quatro mil e cinquenta e três reais e quarenta e sete centavos). Assinala que o consumo de energia elétrica do imóvel locado referente ao primeiro mês de vigência do contrato correspondeu a R\$ 215,80, mas no mesmo período recebeu uma fatura de débito vencido no valor de R\$ 2.737,33, razão pela qual desocupou imediatamente o imóvel e decidiu rescindir o contrato. Ao diligenciar para tanto, obteve a informação de que cláusula contratual o “*obrigava a assumir débitos juntos à COELCE, CAGECE, IPTU, enfim, todos os débitos deixados pelo(a) locatário(a) anterior*” e a negativa da “*devolução da quantia dada a título de Caução*”. Acrescenta que, por força da situação descrita, a partir de então teve de “*enfrentar sérios problemas financeiros e de saúde*”, dos quais resultou “*sua inclusão nos Cadastros de Proteção ao Consumidor – Serasa, SPC e CCF*”. Postula, ao final, a condenação da apelante a restituir a caução e a pagar-lhe as quantias de R\$ 28.800,00 e R\$ 15.000,00, a título de danos materiais e morais, respectivamente.

A apelante apresentou contestação, aduzindo que, por ocasião da vistoria do imóvel “*constatou-se, além do débito de alugueis que o inquilino/autor não havia pago, débitos outros de encargos de locação, tais como CAGECE – COELCE – IPTU, que não honrou*” e que “*no recibo da caução de R\$ 4.053,47 (quatro mil, cinquenta e três reais e quarenta e sete centavos), que lhe foi fornecido em 01 de julho de 2004*” contém anuência expressa do autor quanto à utilização do mencionado valor “*para o cumprimento daquelas obrigações*”.

O pedido inicial foi julgado parcialmente procedente em primeira instância, para condenar a demandada a restituir a caução prestada

pelo autor, no valor de R\$ 4.053,47, com juros e correção monetária, com fundamento no art. 28, § 2º, da Lei nº 8.245/91 (fls 94/101 e 110/111).

Houve apelação da ré (fls 121/128).

Nas razões do apelo, a recorrente afirma que no recibo das chaves do imóvel locado, o autor autoriza expressamente a utilização do valor da caução para o pagamento dos débitos por ele assumidos contratualmente e não adimplidos. Menciona que a sentença decidiu com acerto, ao julgar improcedente o pedido de condenação por danos materiais e morais, mas deve ser reformada quanto à condenação da apelante a restituir o valor da caução, vez que as partes se deram *”plena, geral e irrevogável quitação, para nada mais terem a reclamar a respeito da locação então considerada rescindenda, sem falar no fato de que, em sendo devolvida a caução estaria o recorrido sendo beneficiado indevidamente”*.

É, no essencial, o que havia a relatar.

À revisão.

Fortaleza, 27 de março de 2015.

VOTO

Consoante relatado, insurge-se o apelante contra a sentença que julgou parcialmente o pedido inicial, para condenar o recorrente a restituir ao autor o valor da caução dado em garantia locatícia.

Consta dos autos prova de que o autor pagou à ré, a título de caução, como garantia do adimplemento de suas obrigações no pacto locatício, a importância de R\$ 4.053,47 (quatro mil cinquenta e três reais e sete centavos), em 01 de julho de 2004 (fl 24).

Em sua contestação, a ré/apelante afirma que, *“por ocasião da entrega das chaves, da consequente vistoria do imóvel, constatou-se, além do débito de alugueis que o inquilino/autor não havia pago, débitos outros de encargos da locação, tais como CAGECE – COELCE – IPTU”*, cujos pagamentos foram realizados com o valor da caução prestada, *“tudo com a devida anuência do inquilino”*.

Ocorre que, como bem consignou a sentença recorrida, *“a parte ré não apresentou documentos comprobatórios dos fatos alegados por ela na contestação”*.

Ora, a prova dos fatos que impedem, modificam ou extinguem o direito do autor, como aqueles alegados na peça contestatória, constitui ônus do réu, por força de que dispõe o art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Se o apelante não fez prova de eventual inadimplemento das obrigações assumidas pelo autor, em razão do contrato de locação questionado nos autos, para o fim de utilizar nos respectivos pagamentos o valor da caução em dinheiro por ele prestada, incide no caso a norma do art. 38, § 2º, da Lei nº 8.245/91, segundo a qual o valor da caução e dos acréscimos financeiros correspondentes devem reverter em benefício do locatário, *verbis*:

Art. 38.

§ 2º **A caução em dinheiro**, que não poderá exceder o equivalente a três meses de aluguel, será depositada em caderneta de poupança, autorizada, pelo Poder Público e por ele regulamentada, **revertendo em benefício do locatário todas as vantagens dela decorrentes por ocasião do levantamento da soma respectiva.**

Ante todo o exposto, conheço da apelação, para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 20 de abril de 2015.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0646256-10.2000.8.06.0001

APELANTE: CARTÓRIO DE 2º OFÍCIO DE NOTAS E PROTESTOS DE TÍTULOS – CARTÓRIO MARTINS

APELADO: VANIA CORRÊA LIMA DE MIRANDA, CLÁUDIA CORRÊA LIMA MIRANDA, KARLA CORRÊA LIMA MIRANDA E SÉRGIO HENRIQUE CORRÊA LIMA MIRANDA

RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO CARTÓRIO DE NOTAS. LEGITIMIDADE PASSIVA VERIFICADA. ESCRITURA PÚBLICA LAVRADA SEM A DEVIDA VERIFICAÇÃO DA IDENTIDADE DAS PARTES CONTRATANTES. NULIDADE VERIFICADA. DANO COMPROVADO. DANO MATERIAL E MORAL DEVIDOS. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO DOS DANOS MORAIS. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Na origem, cuida-se de Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais em virtude de dano causado por conduta negligente do Cartório promovido que lavrou Escritura Pública de Compra e Venda sem as devidas cautelas quanto à verificação da identidade das partes, sendo a mesma anulada em Processo Judicial, com o consequente desfazimento do negócio jurídico. Sentença de mérito que condenou o promovido no pagamento de indenização por danos materiais a serem apurados na fase de liquidação e em danos morais fixados em R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Aduz o recorrente,

preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, e no mérito, a inexistência de conduta equivocada por parte do promovido.

2. Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva do Cartório promovido, cuida-se este de órgão do foro extrajudicial, devendo reconhecer-se a sua natureza de "pessoas formais" tendo, portanto, legitimidade para estar em juízo, ativa e passivamente, apesar de não ser uma pessoa jurídica. Precedentes. Ainda, há que se ver a determinação contida no artigo 12, VII do CPC que reconhece a legitimidade ativa e passiva das sociedades sem personalidade jurídica, englobando, por conseguinte, as pessoas formais e as sociedades de fato. Ademais, a legitimidade passiva pode ser verificada quando do demandado se pode exigir uma obrigação de dar, fazer e não fazer. Assim, dúvidas não restam da possibilidade de o Cartório, enquanto entidade privada, contribuinte de tributos, empregadora, detentora de CNPJ, efetuar o pagamento de indenização decorrente de erro na atuação de qualquer de seus prepostos. Preliminar rejeitada.

3. Comprovado que o Cartório atuou de forma negligente quando lavrou escritura pública de compra e venda de imóvel sem que realizasse procedimentos de segurança mínimos para o fim de atestar a veracidade das informações prestadas pelas partes. Decerto, a atuação dos tabeliães e seus prepostos deve, sim, ser sempre pautada na segurança das relações que a eles se apresentam. Há que se destacar a existência de cartão de autógrafos da proprietária do imóvel em discussão no Cartório de Notas promovido, o que, por certo, aumenta a responsabilidade do

mesmo quanto à verificação da identidade das partes contratantes. Assim, tem-se que o pleito autoral encontra amparo no art. 14 do CDC.

4. Definida a responsabilidade do recorrente, passo à análise do quantum indenizatório. Em análise aos documentos constantes nos autos digitais, mais uma vez tenho por acertada a decisão do magistrado de primeiro grau, devendo ser mantida a condenação do recorrente na indenização dos danos materiais, que deverão ser apurados quando da liquidação, e no valor efetivamente comprovado, nos termos dos documentos constantes às fls. 17/23 e 39/46. Ante a lesão suportada, a condição econômica do promovido e tendo em conta os precedentes desta Eg. Corte de Justiça, reduzo a indenização decorrente dos danos morais para R\$20.000,00 (vinte mil reais).

5. Recurso de Apelação conhecido e parcialmente provido, para manter a condenação do Cartório do 2º Ofício de Notas e Protestos de Títulos – Cartório Martins no pagamento de indenização por danos morais e materiais, devendo esta ser arbitrada na fase de liquidação, tendo por base os documentos de fls. 17/23 e 39/46 dos autos digitais, e a indenização dos danos morais deve ser reduzida para R\$20.000,00 (vinte mil reais), incidindo correção monetária a partir do arbitramento da condenação, nos termos delineados pela Súmula 362 do STJ, ao passo que os juros moratórios, nos termos da legislação civil, devem incidir a partir do evento danoso, tendo em vista tratar-se de responsabilidade extracontratual, nos termos da Súmula nº 54 do STJ.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente em conhecer o recurso de Apelação e dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença impugnada apenas para reduzir a indenização dos danos morais, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Cuidam-se os presentes autos de Recurso de Apelação Cível interposto por CARTÓRIO DE 2º OFÍCIO DE NOTAS E PROTESTOS DE TÍTULOS – CARTÓRIO MARTINS, em face de VANIA CORRÊA LIMA DE MIRANDA, CLÁUDIA CORRÊA LIMA MIRANDA, KARLA CORRÊA LIMA MIRANDA E SÉRGIO HENRIQUE CORRÊA LIMA MIRANDA, com o fito de reformar a sentença proferida pelo MM. Juiz da 15ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/Ce nos autos de Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais.

Na origem, foi apresentada Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais visando o pagamento de indenização de danos morais e materiais em razão de dano decorrente de indevida atuação do Cartório promovido, que lavrou escritura pública de compra e venda sem que efetivasse a devida verificação da identidade dos vendedores do imóvel. Aduz que a referida escritura pública foi anulada em decisão proferida no processo nº 60.615/89, gerando inúmeros prejuízos ao promovente, que realizou inúmeras despesas com a aquisição do terreno e limpeza do mesmo para construção de empreendimento.

Contestação apresentada às fls. 56/58, em resumo sob o fundamento da ilegitimidade passiva do Cartório promovido, devendo o processo ser extinto em resolução do mérito.

Réplica à contestação às fls. 61/68.

Audiência de instrução às fls. 314/327.

Memoriais às fls. 331/337 e 339/348.

Sentença de mérito julgando procedentes os argumentos formulados pelo autor e condenando o Cartório do 2º Ofício de Notas e

Protesto de Títulos – Cartório Martins no pagamento de indenização por danos materiais, em valor a ser fixado na fase de liquidação da sentença (docs. 13/16 e 31/35) e indenização por danos morais fixados em R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Inconformado com o referido *decisum*, o promovido apresentou Recurso de Apelação, às fls. 364/373, alegando, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, e no mérito, em resumo, a legalidade da conduta realizada pelo Cartório quando da lavratura da escritura pública, notadamente em razão da desnecessidade de reconhecimento de firma dos contratantes.

Contrarrazões às fls. 412/417.

Foram os autos remetidos a este egrégio Tribunal de Justiça, distribuídos a esta Relatoria, não sendo encaminhados à douta Procuradoria de Justiça em vista da inexistência de interesse público que fundamente a intervenção do *Parquet* no feito.

É o relatório. Ao douto revisor.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço a apelação interposta.

O cerne da querela em apreço consiste em averiguar a responsabilidade do Cartório Martins em vista do dano decorrente da lavratura de escritura pública fraudulenta, que teria gerado prejuízos de ordem material e moral ao apelado.

Inicialmente, cumpre tecer comentários a respeito da preliminar suscitada de ilegitimidade passiva do Cartório recorrente. Alega o recorrente que não é titular dos interesses em conflito, devendo o ressarcimento dos valores despendidos pelo apelado serem cobrados do vendedor/estelionatário. Aduz, ainda, que não realizou qualquer negócio jurídico com as partes contratantes, não podendo ser responsabilizado pelo contrato firmado entre as partes.

Não merece acolhimento a preliminar arguida. Encontra-se intensa discussão a respeito da legitimidade dos Cartórios para figurar no polo passivo das demandas indenizatórias, notadamente em razão de os mesmos não possuírem personalidade jurídica.

Contudo, tenho por mais acertado o entendimento pela existência de responsabilidade do Cartório pelos atos desempenhados pelo seu titular ou preposto, notadamente em razão de que a credibilidade dos mesmos é sempre o parâmetro usado quando da escolha da lavratura de documentos.

Por certo, não é a pessoa do titular do cartório que é procurada quando o cidadão precisa realizar determinados atos que necessitem de atestados notariais, mas sim o serviço cartorário desempenhado pela Serventia, de sorte a que a responsabilidade deve, sim, ser direcionada a ele.

Ademais, o fato de os serventuários poderem responder pessoalmente por atos seus ou de funcionários, conforme a Lei 8.935/94, não exclui a responsabilidade do Tabelionato, o qual possui capacidade para estar em juízo, nos termos do art. 12 do Código de Processo Civil.

Ademais, cuida-se o Cartório de Notas, Ofício e Tabelionato de simples órgão do foro extrajudicial, devendo reconhecer-se a sua natureza de "pessoas formais" tendo, portanto, legitimidade para estar em juízo, ativa e passivamente, apesar de não ser uma pessoa jurídica.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CARTÓRIO DE PROTESTO DE TÍTULOS DE CAMPINA GRANDE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECURSO IMPROVIDO.

1 - Consoante entendimento desta Corte, ainda que não dotados de personalidade jurídica, possuem os Cartórios capacidade processual e, portanto, legitimidade para responder por danos causados em decorrência de suas atividades, bem como por falhas na prestação de seus serviços. 2 - Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1249451/PB, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 08/11/2011)

Ementa: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE NUNCIÇÃO DE OBRA NOVA. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL NA QUALIDADE DE AUTORA.POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O Cartório extrajudicial, seja de Notas, seja de Registro, assemelha-se a pessoa formal, possuindo, pois, capacidade processual para estar em Juízo, como ocorre com o espólio e a massa falida. 2. O Cartório de Registro, a despeito de não possuir personalidade jurídica, ostenta a qualidade de parte no sentido processual, de modo que tem capacidade para estar em Juízo.

(TJ/Ce, Apelação 38278200980601811, Relator(a): FRANCISCO SALES NETO, Órgão julgador: 1ª Câmara Cível, Data de registro: 16/03/2011)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO - ESCRITURAS DE COMPRA E VENDA - FALSIDADE - ANULAÇÃO - PETIÇÃO AVULSA DO NOVO TITULAR DE CARTÓRIO - LEGITIMIDADE PASSIVA DO TABELIONATO - PESSOA FORMAL - PRECEDENTE DO STJ - MANUTENÇÃO NO POLO.

1. O Tabelionato ou Cartório de Notas pode ser demandado em juízo, sendo portador de personalidade judiciária mesmo sem deter personalidade jurídica em sentido estrito. Precedente REsp 476.532-RJ, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 2. Havendo alteração de titular no Tabelionato condenado em demanda indenizatória, assegura-se ao sucessor eventual reparação em ação regressiva contra o sucedido. Não acolhimento da argüida ilegitimidade passiva. (...) Inexiste nulidade processual a ser reconhecida quando o processo teve seu trâmite de acordo com ao procedimento previsto no Código de Processo Civil e a sentença explorou, de maneira satisfatória, o conjunto probatório produzido no processo. **2. A legitimidade passiva do Tabelionato de Notas é patente, já que a contrafação ocorreu nas suas dependências, por ato de seu preposto.** 3. O Tabelionato de Notas é delegatário de serviços públicos, respondendo, portanto, objetivamente diante do prejudicado por ato praticado por funcionários. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(TJ-PR - AC: 5271314 PR 0527131-4, Relator: Rosana Amara Girardi Fachin, Data de Julgamento: 08/07/2010, 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 438, undefined)

No mesmo sentido: TJ-PR 7416113 PR 741611-3 (Acórdão), Relator: Ângela Khury Munhoz da Rocha, Data de Julgamento: 28/02/2012,

6ª Câmara Cível; TJ-MG 100240607559230011 MG 1.0024.06.075592-3/001(1), Relator: CABRAL DA SILVA, Data de Julgamento: 26/02/2008, Data de Publicação: 05/04/2008; STJ, REsp 774.911/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2005, DJ 20/02/2006, p. 313; STJ, REsp 476.532/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2003, DJ 04/08/2003, p. 317.

Há que se destacar, ainda, a determinação contida no artigo 12, inciso VII, do Código de Processo Civil que reconhece a legitimidade ativa e passiva das sociedades sem personalidade jurídica, englobando, por conseguinte, as pessoas formais e as sociedades de fato.

Dessa forma, afigura-se acertada a decisão impugnada que reconheceu a legitimidade passiva do Cartório recorrente, podendo o mesmo ser demandado em juízo, detendo personalidade judiciária, mesmo sem possuir personalidade jurídica em sentido estrito.

Ademais, a legitimidade passiva pode ser verificada quando do demandado se pode exigir uma obrigação de dar, fazer e não fazer. Assim, dúvidas não restam da possibilidade de o Cartório, enquanto entidade privada, contribuinte de tributos, empregadora, detentora de CNPJ, efetuar o pagamento de indenização decorrente de erro na atuação de qualquer de seus prepostos.

Diante do exposto, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva, mantendo a decisão proferida pelo magistrado de primeiro grau quanto à responsabilidade do Cartório do 2º Ofício de Notas e Protestos de Títulos – Cartório Martins em indenizar as despesas decorrentes da anulação da escritura de compra e venda lavrada.

Resolvido esse ponto, passo a análise do mérito da demanda, qual seja a responsabilidade do Cartório pelos danos decorrentes da sua atuação.

Tem-se comprovado que o Cartório atuou de forma negligente quando lavrou escritura pública de compra e venda de imóvel sem que realizasse procedimentos de segurança mínimos para o fim de atestar a veracidade das informações prestadas pelas partes. Decerto, a atuação dos tabeliães e seus prepostos deve, sim, ser sempre pautada na segurança das relações que a eles se apresentam.

In casu, o Cartório recorrente lavrou escritura pública de compra e venda de imóvel sem que fossem realizados atos mínimos de cautela, a fim de certificar a identidade das partes contratantes, com o fim único de garantir a segurança que se espera da atuação dos referidos entes privados enquanto exercente de função pública.

Ainda, há que se destacar a existência de cartão de autógrafos da proprietária do imóvel em discussão no Cartório de Notas promovido, o que, por certo, aumenta a responsabilidade do mesmo quanto à verificação da identidade das partes contratantes.

A atitude negligente adotada pelo Cartório de Notas recorrente trouxe elevado prejuízo ao promovente, posto que o mesmo realizou inúmeros gastos com a aquisição do terreno, mas referida transação não se concretizou, tendo sido anulada a escritura de compra e venda em tablado.

O pleito autoral encontra amparo em especial no CDC, o qual prevê a responsabilidade objetiva no seu art. 14, cuja redação determina que: “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”.

Assim, em análise detida aos autos, verificou-se que efetivamente ocorreu conduta negligente por parte do Cartório promovido quando da lavratura de Escritura Pública do imóvel em discussão. Como se vê, a referida escritura pública foi lavrada sem que o Cartório realizasse a devida identificação das partes contratantes, em clara afronta ao princípio da segurança jurídica, posto que no referido documento constou como vendedor pessoa que não detinha a propriedade do imóvel vendido, quando se apresentava ao alcance do referido Cartório a realização de simples conferência ao arquivo de cartões de firma para a verificação do equívoco.

Assente, a meu ver a responsabilidade do recorrente em indenizar os danos decorrentes da sua equivocada conduta, que gerou danos de ordem material e moral ao promovente, que arcou com inúmeras despesas e teve frustrado o seu plano de naquele terreno construir um empreendimento.

Definida a responsabilidade do recorrente, passo à análise do *quantum* indenizatório.

O promovente alega ter sofrido elevado prejuízo material, notadamente em razão de ter efetuado o pagamento do imóvel ao suposto vendedor/estelionatário.

Em análise aos documentos constantes nos autos digitais, mais uma vez tenho por acertada a decisão do magistrado de primeiro grau, devendo ser mantida a condenação do recorrente na indenização dos danos materiais, que deverão ser apurados quando da liquidação, e no valor efetivamente comprovado, nos termos dos documentos constantes às fls. 17/23 e 39/46.

No tocante aos danos morais, como é cediço, a sua quantificação é objeto de intenso debate na doutrina, dado seu alto caráter de subjetividade, cabendo ao órgão judicante fixá-los em quantia que desestimule o devedor a praticar o ato lesivo novamente, mas sem ser elevado de tal forma que provoque o enriquecimento ilícito do credor.

Cumprê destacar que o dano moral apresenta-se como o prejuízo decorrente de uma conduta ilícita de indivíduo que, de regra, não repercute na esfera patrimonial do lesado, causando sequelas apenas em sua intimidade, honra (objetiva e subjetiva) e integridade psíquica.

Assim, não se verifica qualquer decréscimo patrimonial do ofendido, contudo, em razão do sofrimento, angústia, dor ou tristeza por ele enfrentado, tem-se por necessária a responsabilização daquele que procedeu de maneira ilícita de forma a encontrar alguma forma de reparar o dano causado.

Ademais, entendimento consolidado de que o dano moral não precisa ser comprovado pelo lesado, bastando prova cabal do fato que lhe deu origem. Nesses termos, não vejo como dissociar a conduta adotada pelo Cartório promovido da dor, sofrimento, angústia e humilhação sofrida pela promovente. Presentes, a meu ver, o dano e o nexo causal necessários à configuração do dever de reparar o dano.

Nessa linha de proteção à vítima de agressões, o artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal:

“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:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da **indenização por dano material, moral ou à imagem**;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, **assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação**".

Nesses termos, no que toca ao *quantum* indenizatório, é sabido que o valor da reparação do dano sofrido tem por fundamento a sua compensação, bem como efeito punitivo e repressivo à conduta perpetrada pelo responsável pelo ato ilícito. Assim, para encontrar o valor devido, deve se aferir a condição social da vítima e possibilidade econômica da causadora do dano, o que, no presente caso, a meu ver, não foi observado.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, dois momentos deverão ser observados para a fixação do valor indenizatório em casos tais: “Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. 6. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz”. (REsp 1152541/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 21/09/2011).

Averiguando-se os precedentes jurisprudenciais desta colenda Corte de Justiça, mostra-se excessivo o montante em que fixada a indenização dos danos morais nos termos da sentença impugnada. A meu ver, afigura-se escurreita e em consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a fixação da indenização em R\$20.000,00 (vinte mil reais), a título de compensação pelos danos morais sofridos por ocasião da conduta equivocada realizada pelo recorrente.

ISSO POSTO, em conclusão, conheço o Recurso de Apelação interposto, para dar-lhe parcial provimento, mantendo a condenação do Cartório do 2º Ofício de Notas e Protestos de Títulos – Cartório Martins no pagamento de indenização em razão dos danos materiais e morais

decorrentes de conduta equivocada quando da lavratura da Escritura Pública de compra e venda do imóvel em discussão, devendo a indenização dos danos materiais ser arbitrada na fase de liquidação de acordo com os documentos de fls. 17/23 e 39/46 dos autos digitais e os danos morais fixados em R\$20.000,00 (vinte mil reais), com correção monetária a partir do arbitramento da condenação, nos termos delineados pela Súmula 362 do STJ, ao passo que os juros moratórios, nos termos da legislação civil, devem incidir a partir do evento danoso, tendo em vista tratar-se de responsabilidade extracontratual, nos termos da Súmula nº 54 do STJ.

É como voto.

Fortaleza, 18 de novembro de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0069125-35.2008.8.06.0001

ORIGEM: 9ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA-CE

APELANTE: EDSON SÁ

APELADO: ESTADO DO CEARÁ.

RELATORA: DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA.

ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ACÓRDÃOS PROFERIDOS PELO TCM/CE. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. INEXISTÊNCIA DE REITERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONTAS DE GESTÃO. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PARLAMENTO MUNICIPAL PARA JULGAR CONTAS DO CHEFE DO EXECUTIVO. ARTIGOS 71, I, 75, CAPUT, E 31, §§ 1º E 2º, DA CRFB/88. PRECEDENTES DO STF E DO TSE. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. ACÓRDÃOS DO TCM ANULADOS.

1. A matéria em questão versa sobre a possível nulidade da decisão do Tribunal de Contas do Municípios (Acórdãos nºs 2944/05 e nºs 3841/06), que impôs multa ao autor/apelante, ex-gestor no cargo de Prefeito do Município de Eusébio/CE, referente a irregularidades verificadas naquele Município, quando da inspeção especial realizada pelo TCM – Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará no período de 13 e 14 abril de 2005.

2. Não tendo havido reiteração do Agravo Retido formulado nos autos, operou-se a chamada desistência tácita, o que impõe o

seu não conhecimento, conforme determina, expressamente, o artigo 523, § 1º, do Código de Ritos; “*Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal*”.

3. A regra de competência inscrita no art. 71, inciso II, da Carta Política não legitima a atuação exclusiva do Tribunal de Contas, quando se tratar de apreciação das contas do Chefe do Poder Executivo, pois, em tal hipótese, terá plena incidência a norma especial consubstanciada no inciso I desse mesmo preceito constitucional.

4. O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recursos públicos. As contas globais demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa, seja União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Revelam o cumprimento do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atendimento aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento direcionados à saúde, educação e aos gastos com pessoal. Consubstanciam-se nos Balanços Gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Motivo pelo qual se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento, conforme o disposto nos art. 71, inciso I, c/c o Art. 49, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

5. A prestação de contas dos administradores e gestores públicos é um dever dos que lidam com

recursos públicos, captam receitas e ordenam despesas, vide previsão do art. 70, parágrafo único da Lei Maior. Submetem-se a julgamento direto dos Tribunais de Contas, podendo-lhes gerar a imputação de débito e multa, como dita o artigo 71, inciso II e § 3º, da Carta Federal de 1988.

6. A jurisprudência do STF e do TSE firmou-se no sentido de que a Câmara Municipal é o órgão competente para o julgamento das contas de prefeito, ainda que ele seja ordenador de despesas, cabendo ao Tribunal de Contas tão somente a emissão de parecer prévio.

7. Apelação conhecida e provida. Pedido julgado procedente, no sentido de anular os Acórdãos nº 2944/05 e nº 3841/06, ambos do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0069125-35.2008.8.06.0001, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da apelação interposta, para dar-lhe provimento, no sentido de julgar procedente a ação, para o fim de anular os Acórdãos nº 2944/05 e 3841/06, ambos do TCM, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Tratam-se os autos de Apelação Cível interposta por Edson Sá, visando à reforma da sentença prolatada pelo Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, que julgou improcedente a Ação Ordinária Anulatória de Ato Administrativo, com pedido de Antecipação de Tutela, movida contra o Estado do Ceará.

Na inicial de págs. 03/42, o autor, ex-Prefeito do Município de Eusébio, objetiva, em síntese, a anulação dos Acórdãos nº 2944/05 e nº 3841/06, ambos proferidos pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, referentes ao processo de Tomada de Contas Especial nº 1788/05, que julgou irregular as contas de responsabilidade do requerente.

Na decisão do TCM, fora imposto ao autor multa no valor de R\$ 4.469,22 (quatro mil, quatrocentos e sessenta e nove reais e vinte e dois centavos). Em sua causa de pedir, alega, dentre diversas argumentações, a incompetência dos Tribunais de Contas para julgar as contas de Prefeitos, posto que seus pareceres são meramente opinativos.

Antecipação de tutela deferida parcialmente às págs.408/412, no sentido de suspender os efeitos dos aludidos Acórdãos, condicionando a eficácia da decisão ao depósito, em juízo, do valor da multa aplicada na decisão administrativamente atacada.

O Estado do Ceará, inconformado com a decisão interlocutória acima referida, interpôs Agravo Retido às págs. 419/421.

Contestação apresentada pelo Estado do Ceará às págs. 436/465, sustentando, em síntese, a impossibilidade de verificação pelo Judiciário do mérito administrativo, defendendo, pois, a competência do TCM para julgar as contas de gestão do chefe-executivo municipal.

Por fim, requereu a improcedência da demanda.

Réplica às págs. 576/604.

Manifestação do Ministério Público de primeiro grau às págs. 635/639, opinando pela improcedência da ação.

Sentenciando o feito (págs.640/649), o magistrado de planície julgou improcedente o pedido, revogando a tutela antecipada anteriormente deferida.

Inconformado com o deslinde do feito, Edson Sá interpôs Apelação às págs. 649/682, pugnando pela reforma da sentença e pela declaração de nulidade dos referidos Acórdãos do TCM, alegando, em síntese, que: a) o Poder Judiciário pode realizar controle de legalidade das decisões do TCM; b) o TCM é incompetente para julgar as contas de Prefeitos; e c) existem vícios que maculam gravemente o devido processo legal.

O apelado apresentou contrarrazões às pág.690/710.

A Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer às págs. 720/731, opinando pelo não provimento do recurso.

É o relatório, no essencial.

VOTO

Atendidos os requisitos de admissibilidade insertos nos artigos 506 e 513, ambos do Código de Processo Civil, recebo o recurso.

I. Agravo Retido

Mesmo que se observe o manejo de Agravo Retido pelo ora apelando às págs.419/421, não tendo havido reiteração do mencionado recurso na Apelação, operou-se a chamada desistência tácita, o que impõe o seu não conhecimento, conforme determina, expressamente, o artigo 523, § 1º, do Código de Ritos; “Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal”.

Nessa esteira, para Nelson Nery Júnior:¹ “A não reiteração do agravo retido em razões ou contrarrazões de apelação implica desistência tácita do recurso, impedindo o seu conhecimento pelo tribunal”.

APELAÇÃO CIVEL. AGRAVO RETIDO. ART. 523, PARAGRAFO 1º. DO CPC. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR NO CADASTRO DA SERASA E INTERRUPÇÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO ELEVADA. NECESSIDADE DE REDUÇÃO. APELO DO AUTOR IMPROVIDO. APELO DA EMPRESA RÉ PROVIDO EM PARTE.

1. Com fulcro no art. 523, parágrafo 1º do Código de Processo Civil, não se conhecerá do agravo retido se a

1 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 11ª ed, Ed. Revista dos Tribunais. Ano 2010.

parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, a apreciação pelo Tribunal.

(...)

(Apelação Cível nº 7326-06.2000.8.06.0119/1, TJCE, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Gurgel Holanda, julgado em 13/08/2010) Grifo nosso.

Ante o exposto, não conheço do Agravo Retido.

II. MÉRITO

A matéria em questão versa sobre a possível nulidade da decisão do Tribunal de Contas do Municípios (Acórdãos nºs 2944/05 e nºs 3841/06), que impôs multa ao autor/apelante, ex-gestor no cargo de Prefeito do Município de Eusébio/CE, referente a irregularidades verificadas naquele Município, quando da inspeção especial realizada pelo TCM – Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará no período de 13 e 14 abril de 2005.

Discorrendo sobre as competências dos Tribunais de Contas, tanto o modelo federal, como o modelo estadual albergam uma nítida distinção entre a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, seja em âmbito federal, estadual ou municipal, as quais serão julgadas pelo Legislativo em conformidade com o art. 71, inciso I, da Constituição Federal² e art. 78, inciso I, da Constituição Estadual³, e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, na forma ali prevista no art. 71, inciso II,

2 CF/88 - Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

3 CE/89 - Art. 78. O controle externo, a cargo da Câmara Municipal, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas dos Municípios, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas pelos Prefeitos Municipais, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado no prazo de doze meses, a contar do seu recebimento;

da Constituição Federal⁴ e art. 78, inciso II, da Constituição Estadual.⁵

A partir desse modelo, tal como delineado no vigente sistema constitucional, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado no sentido de que a Câmara Municipal é o órgão competente para julgar as contas dos Prefeitos Municipais, como se vê em julgados do Excelso Pretório:

EMENTA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ACORDÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - FUNDAMENTO LEGAL E CONSTITUCIONAL.

O fato de o provimento atacado mediante o extraordinário estar alicerçado em fundamentos estritamente legais e constitucionais não prejudica a apreciação do extraordinário. No campo interpretativo cumpre adotar posição que preserve a atividade precípua do Supremo Tribunal Federal - de guardião da Carta Política da Republica. Inelegibilidade - Prefeito - Rejeição de contas - Competência. AO PODER LEGISLATIVO COMPETE O JULGAMENTO DAS CONTAS DO CHEFE DO EXECUTIVO, CONSIDERADOS OS TRÊS NÍVEIS - FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL. O TRIBUNAL DE CONTAS EXSURGE COMO SIMPLES ÓRGÃO AUXILIAR, ATUANDO NA ESFERA OPINATIVA - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 11 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS, 25, 31, 49, INCISO IX, 71 E 75, TODOS DO CORPO PERMANENTE DA CARTA DE 1988. Autos conclusos

4 CF/88 - Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

5 CE/89 - Art. 78. O controle externo, a cargo da Câmara Municipal, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas dos Municípios, ao qual compete:

II - julgar as contas dos Administradores, inclusive as das Mesas das Câmaras Municipais e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Municipal e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário;

para confecção do acórdão em 9 de novembro de 1995. - GN

(RE 132747/DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MARCO AURELIO Julgamento: 17/06/1992 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Publicação: DJ DATA-07-12-95 PP-42610 EMENT. VOL-01812-02 PP-00272).

CONSTITUCIONAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI FORMAL – DESCABIMENTO – EXTINÇÃO DO PROCESSO.

“A ação direta de inconstitucionalidade é o modo pelo qual se pede ao Poder Judiciário o controle das normas jurídicas em abstrato, não se prestando ao controle de atos administrativos, que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que sob a forma de lei – as leis meramente formais –, porque seu conteúdo não encerra norma que disciplina relação jurídica em abstrato”

(Osvaldo Luiz Palu; Sidney Guerra e Gustavo Merçon; ADI n.º 2.347, Min. Ilmar Galvão; ADI n.º 2.100, Min. Néri da Silveira; ADI n.º 647, Min. Moreira Alves).

Em conformidade com o acórdão proferido na ADIN 849-8/MT (Edcl - ML), “A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão ao Tribunal de Contas” (LEXJSTF, 252, pág. 23).

Parece óbvio, portanto, constatar que, se a Constituição outorga diretamente uma competência a um órgão tal qual o Tribunal de Contas, os meios para garantir, da melhor forma possível, o desempenho de ofício hão de ser considerados como implicitamente concedidos, sob pena de esvaziar-se o seu exercício, à míngua de uma garantia de efetividade.

A imposição de multas, desse modo, decorre, por inferência lógica, da fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas, em qualquer das esferas de governo. Constitui a garantia de sua missão institucional, para que o resultado de suas atribuições, essenciais à concretização do princípio constitucional da moralidade, não seja reduzido a meros conselhos.

No que se refere à fiscalização das contas dos administradores, inclusive as das Mesas das Câmaras Municipais e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Municipal e das contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (CE, artigo 78, inciso II), as disposições constitucionais, federais e estaduais, não suscitam maiores problemas, já que a multa constitui uma sanção aplicada ao final de um processo decisório, cuja decisão, porque definitiva a nível administrativo, não mais desafia recurso algum.

Principalmente, para a exata delimitação da competência do Tribunal de Contas dos Municípios, impende observar os preceitos dos arts. 71, da Lei Maior de 1988, que define suas competências, literalmente:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - Appreciar as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Executivo;

II - Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário;

(...)

VIII - Aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, dentre elas, multa proporcional ao dano.

(...)

§ 3º. As decisões dos Tribunais de Contas de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. Com efeito, o TCM, quando aprecia as contas

anuais do Chefe do Executivo, atua tão somente através de parecer prévio, estando patente, nesse caso, a sua função meramente opinativa. Todavia, a função fiscalizadora do TCM não se restringe, apenas, à simples emissão de parecer prévio sobre as contas anuais dos Prefeitos Municipais.

Sabe-se que as contas "apreciadas", e, não propriamente julgadas na acepção do termo, previstas no inciso I, do art. 71, são as anuais, as chamadas contas de governo, ou globais, nas quais o TCM, realmente, emite apenas parecer prévio, competindo, sim, à Câmara o respectivo julgamento, cuja natureza é meramente política. Tais contas anuais, de natureza "macro", versam, em síntese, sobre: 1. balanço geral; 2. gestão financeira, orçamentária e patrimonial; 3. cumprimento dos programas previstos na lei orçamentária anual; 4. dívida fundada municipal; 5. aplicação dos 25 % no ensino; 6. relação e cópias de Leis e Decretos de abertura de créditos adicionais; 7. organização e controle interno da Prefeitura, etc. Como se apreende, são aspectos de política administrativa, por essa razão, postos sob o julgamento do Legislativo.

No inciso II, do art. 71, a Lei Maior atribui aos Tribunais de Contas a função de "julgar", os responsáveis por dinheiro público, bens e valores, ou seja, as chamadas contas de gestão, ou, mais especificamente, atos isolados de gestão. Nestes atos estão compreendidos a compra de materiais e demais equipamentos para a realização das atividades da prefeitura no seu dia-a-dia, como a aquisição de materiais de escritórios e demais implementos para o normal funcionamento da máquina administrativa.

Assim, diferentemente das contas de governo, constituem atos isolados de gestão administrativa, com uso direto do dinheiro público, o empenho, a liquidação, o pagamento e outros, os quais podem e devem ser fiscalizados isoladamente e, se possível, diariamente, para que possam ser corrigidos a tempo ou impugnados e sancionados com multa, consoante o ditame previsto no parágrafo 3º, do art. 71 da Constituição Federal, como bem assinalou o mestre Ives Gandra Martins, sobre a aplicação do referido dispositivo constitucional, que ora transcrevo:

“O dispositivo cuida, pois, daquelas decisões que estão na alçada do Tribunal de Contas sobre matérias em que a Corte não tem apenas papel informativo ou opinativo, mas tal papel decisório. Isso não ocorre em todas as manifestações do Tribunal, mas apenas as de caráter decisório e em que a decisão implique consequência pecuniária a ser transferida para o patrimônio público. E do que cuida o § 3º”⁶

A propósito, vejamos o entendimento do eminente constitucionalista Pinto Ferreira, citado por Ives Gandra Martins,⁷ *verbis*:

“Depois de desempenhar as suas funções e auditoria financeira e orçamentária, o TCU julga a irregularidade dela. Surge a sua função jurisdicional, o seu poder de julgamento. O inciso II do art. 71, preceitua que compete ao TCU julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outras irregularidades de que resulte prejuízo ao erário público. Trata-se de outra competência outorgada constitucionalmente ao TCU, transformando-o em autêntica instância julgadora”.

Com efeito, as atribuições dos Tribunais de Contas elencadas nos artigos. 71 e seguintes da Carta Magna aplicam-se, sem sombra de dúvidas, às Cortes de Contas municipais e estaduais e aos Conselhos de Contas municipais, consoante o disposto no art. 75, da Carta Política.

Por sua vez, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, Lei nº 12.160/93, em consonância com os ditames constitucionais suso transcritos, assevera:

Art. 1º. Ao Tribunal de Contas dos Municípios, órgão de controle, compete, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta Lei:

I - Apreciar e emitir parecer prévio nas contas anuais prestadas pelos Prefeitos e presidentes das Câmaras Municipais;

6 (in Comentários à Constituição do Brasil, 4º vol. - Tomo II, Saraiva, 1997, p. 79).

7 in Comentários à Constituição, V. 4, T. II, p. 25, nota 1

II - exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das prefeituras e câmaras municipais e demais entidades instituídas e mantidas pelo Poder Público Municipal;

III - julgar as contas:

a) dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades do Poder Público Municipal e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas, mantidas ou subvencionadas pelos municípios;

(...)

VI - aplicar aos responsáveis pela prática de ilegalidade de despesas, irregularidades de contas, atraso no envio da prestação de contas sanções previstas em lei, que estabelecer , entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao Erário;

(...)"

Nesse sentido, transcrevo entendimento jurisprudencial ao qual me filio, para dar sequência à manifestação:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS PRATICADOS POR PREFEITO, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E GESTORA DE RECURSOS PÚBLICOS. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NÃO SUJEIÇÃO AO DECISUM DA CÂMARA MUNICIPAL. COMPETÊNCIAS DIVERSAS. EXEGESE DOS ARTS. 31 E 71 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os arts. 70 a 75 da *Lex Legum* deixam ver que o controle externo - contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial - da administração pública é tarefa atribuída ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas. O primeiro, quando atua nesta seara, o faz com o auxílio do segundo que, por sua vez, detém competências que lhe são próprias e exclusivas e que para serem exercitadas independem da interveniência do Legislativo. O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios).

Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I c./c. 49, IX da CF/88). As segundas - contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3º da CF/88). Destarte, se o Prefeito Municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submetesse a duplo julgamento. Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas. Inexistente, in casu, prova de que o Prefeito não era o responsável direto pelos atos de administração e gestão de recursos públicos inquinados, deve prevalecer, por força ao art. 19, inc. II, da Constituição, a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo da Corte de Contas dos Municípios de Goiás. Recurso ordinário desprovido. (RMS 11.060/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25.06.2002, DJ 16.09.2002 p. 159)

A conclusão a que se chega, sem maiores esforços, é que o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará tem, fundamentalmente, duas competências: uma é a manifestação formal, parecer, sobre as contas de Governo, opinando por sua aprovação ou não. Outra é a verificação dos atos de gestão, os quais são efetivamente julgados pela Corte de Contas, sem interferência do Legislativo local.

Assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. Nesse sentido passo a citar:

STF:

CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, QUANDO ILEGAIS OU ABUSIVOS. POSSIBILIDADE.

Não viola o princípio da separação dos Poderes a anulação de ato administrativo que fere a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa. Precedentes: RE"s 259.335-AgR, Relator o Min. Maurício Corrêa; e 170.782, Relator o Min. Moreira Alves. Agravo desprovido.

(Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 463646/BA, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Carlos Britto. j. 08.03.2005, DJU 27.05.2005).

STJ:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PENA DE DEMISSÃO. REEXAME DAS PROVAS COLHIDAS DURANTE O PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. MÉRITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Consoante firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, compete ao Poder Judiciário apreciar apenas a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe vedado a incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, em especial a revisão do conjunto probatório apurado no procedimento administrativo. ...

(Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18807/RS (2004/0114969-3), 5ª Turma do STJ, Rel. Arnaldo Esteves Lima. j. 16.02.2006, unânime, DJ 24.04.2006).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. NULIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

RESPEITADO. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. "WRIT" IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

DISCIPLINAR. ORDEM DENEGADA.

1. Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade.

(Mandado de Segurança nº 10055/DF (2004/0150911-0), 3ª Seção do STJ, Rel. Min. Gilson Dipp. j. 25.05.2005, unânime, DJ 22.08.2005).

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA. SERVIDOR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APRESENTAÇÃO DE RELATÓRIO FINAL. POSSÍVEL PUNIÇÃO DE CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA DESTA CORTE. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO. LIMITAÇÕES. NULIDADES NÃO VERIFICADAS. ...

O Poder Judiciário, no que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo, está limitado ao exame da regularidade do procedimento; à observância dos princípios da legalidade e da moralidade, sendo inviável qualquer discussão acerca do próprio mérito administrativo. Não se constataram as nulidades apontadas no presente *mandamus*. Ordem denegada.

(Mandado de Segurança nº 9942/DF (2004/0121842-5), 3ª Seção do STJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. j. 09.03.2005, unânime, DJ 21.03.2005).

O controle, portanto, do ato administrativo pelo Judiciário está restrito ao exame da regularidade procedimental, analisando a observância ao contraditório e à ampla defesa, não sendo possível qualquer incursão meritória, no que tange à oportunidade e à conveniência.

No presente caso, não se vislumbra qualquer mácula capaz de impingir de ilegal o julgamento levado a efeito pelo Juízo *a quo*, pois

constitui pedido juridicamente impossível, considerando a inexistência de ilegalidade no ato administrativo praticado pela Corte de Contas, não cabendo ao Poder Judiciário adentrar no mérito da causa, vez que se trata de competência daquele órgão, apontada em texto constitucional.

Analisando casos idênticos ao que ora se aprecia, oriundos de diversos Municípios do Estado do Ceará, já decidiu o STF:

Agravo regimental em reclamação.

2. Prefeito do Município de Jaguaribara/CE.

3. Cabe ao Tribunal de Contas a apreciação, mediante parecer prévio, das contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo. A competência para julgá-las fica a cargo do Poder Legislativo. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento

(Rcl 10616 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 09/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 07-10-2014 PUBLIC 08-10-2014). Grifo nosso.

Agravo regimental em reclamação.

2. Prefeito do município de Ibicuitinga/CE.

3. Cabe ao Tribunal de Contas a apreciação, mediante parecer prévio, das contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo. A competência para julgá-las fica a cargo do Poder Legislativo. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento

(Rcl 10616 AgR-segundo, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 09/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 07-10-2014 PUBLIC 08-10-2014) Grifo nosso.

Agravo regimental em reclamação.

2. Prefeito do Município de Pindoretama/CE.

3. Cabe ao Tribunal de Contas a apreciação, mediante parecer prévio, das contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo. A competência para julgá-las é do Poder Legislativo. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Rcl 14015 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 09/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13-10-2014 PUBLIC 14-10-2014). Grifo nosso.

O julgado da MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 14395/CE da Relatoria do Min. CELSO DE MELLO merece transcrição no que tange aos seus fundamentos meritórios, diante da importância, e pela semelhança com o que se questiona nos presentes autos, ora adotando-os como parte das minhas razões de decidir. *Litteris*:

RECLAMAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. LEGITIMAÇÃO ATIVA DA PARTE RECLAMANTE. PREFEITO MUNICIPAL. CONTAS PÚBLICAS. JULGAMENTO. COMPETÊNCIA, PARA TAL FIM, DA CÂMARA DE VEREADORES. ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO PODER LEGISLATIVO LOCAL QUE SE ESTENDE TANTO ÀS CONTAS ANUAIS RELATIVAS AO EXERCÍCIO FINANCEIRO QUANTO ÀS CONTAS DE GESTÃO (OU REFERENTES À FUNÇÃO DE ORDENADOR DE DESPESAS) DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. FUNÇÃO OPINATIVA, EM TAIS HIPÓTESES, DO TRIBUNAL DE CONTAS. PARECER PRÉVIO SUSCETÍVEL DE REJEIÇÃO PELO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL (CF, ART. 31, 2º). SUPREMACIA HIERÁRQUICO- -NORMATIVA DA REGRA CONSTITUCIONAL QUE CONFERE PODER DECISÓRIO, EM SEDE DE FISCALIZAÇÃO EXTERNA, À INSTITUIÇÃO PARLAMENTAR, SOBRE AS CONTAS DO CHEFE DO EXECUTIVO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. (13921 CE , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 08/06/2012, Data de Publicação: DJe-113 DIVULG 11/06/2012 PUBLIC 12/06/2012)

Impende verificar, agora, se a situação exposta na presente reclamação pode traduzir, ou não, hipótese de ofensa à autoridade das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, proferidas, com eficácia vinculante, em sede de fiscalização normativa abstrata, e indicadas como paradigmas de confronto.

E, ao fazê-lo, observo que os elementos produzidos na presente sede reclamatória parecem evidenciar o alegado desrespeito à autoridade das decisões que esta Suprema Corte proferiu nos julgamentos da ADI 849/MT e da ADI 3.715/TO, revelando-se suficientes para justificar, na espécie, o acolhimento da pretensão cautelar deduzida pelo reclamante.

É que, **no caso ora em exame, trata-se de hipótese que deve ser interpretada, no que concerne aos Chefes do Poder Executivo da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, em consonância com quanto dispõem os arts. 71, inciso I, 75, "caput", e 31 e seus parágrafos 1º e 2º, todos da Carta Política.**

Esses preceitos constitucionais permitem definir, como **órgão competente para apreciar as contas públicas do Presidente da República, dos Governadores e dos Prefeitos Municipais, o Poder Legislativo, a quem foi deferida a atribuição de efetuar, com o auxílio opinativo do Tribunal de Contas, inclusive do Tribunal de Contas da União, o controle externo em matéria financeira e orçamentária.**

As contas públicas dos Chefes do Executivo devem sofrer o julgamento – final e definitivo – da instituição parlamentar, cuja atuação, no plano do controle externo da legalidade e regularidade da atividade financeira do Presidente da República, dos Governadores e dos Prefeitos Municipais, é desempenhada com a intervenção "ad coadjuvandum" do Tribunal de Contas.

A apreciação das contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo – que é a expressão visível da unidade institucional desse órgão da soberania do Estado – constitui prerrogativa intransferível do Legislativo, que não pode ser substituído pelo Tribunal de Contas no desempenho dessa magna competência, que possui extração nitidamente constitucional.

A regra de competência inscrita no art. 71, inciso II, da Carta Política – que submete ao julgamento desse importante órgão auxiliar do Poder Legislativo as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta – não legitima a atuação exclusiva do Tribunal de Contas, quando se tratar de apreciação das contas do Chefe do Executivo, pois, em tal hipótese, terá plena incidência a norma especial consubstanciada no inciso I desse mesmo preceito constitucional.

Há, pois, uma dualidade de regimes jurídicos a que os agentes públicos estão sujeitos no procedimento de prestação e julgamento de suas contas. Essa diversidade de tratamento jurídico, estipulada "ratione muneris" pelo ordenamento constitucional, põe em relevo a condição político-administrativa do Chefe do Poder Executivo.

O eminente Ministro MARCO AURÉLIO, em passagem expressiva de seu douto voto proferido no julgamento do RE 132.747/DF, do qual foi Relator, assinalou, com inteira propriedade, essa dualidade de situações, dando adequada interpretação às normas inscritas nos incisos I e II do art. 71 da Constituição Federal:

“Nota-se, mediante leitura dos incisos I e II do artigo 71 em comento, a existência de tratamento diferenciado, consideradas as contas do Chefe do Poder Executivo da União e dos administradores em geral. Dá-se, sob tal ângulo, nítida dualidade de competência, ante a atuação do Tribunal de Contas. Este aprecia as contas prestadas pelo Presidente da República e, em relação a elas, limita-se a exarar parecer, não chegando, portanto, a emitir julgamento. Já em relação às contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e às contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para o erário, a atuação do Tribunal de Contas não se faz apenas no campo opinativo. Extravasa-o, para alcançar o do julgamento. Isto está evidenciado não só pelo emprego, nos dois incisos, de verbos distintos - apreciar e julgar - como também pelo desdobramento da matéria, explicitando-se, quanto às contas do Presidente da República, que o exame se faz ‘mediante parecer prévio’ a ser emitido, como exsurge com clareza solar, pelo Tribunal de Contas.

(...) O Presidente da República, os Governadores e os Prefeitos igualam-se no que se mostram merecedores do ‘status’ de Chefes de Poder. A amplitude maior ou menor das respectivas áreas de atuação não é de molde ao agasalho de qualquer distinção quanto ao Órgão competente para julgar as contas que devem prestar, sendo certa a existência de Poderes Legislativos específicos. A dualidade de tratamento, considerados os Chefes dos Poderes Executivos e os administradores em geral, a par de atender a aspecto prático, evitando a sobrecarga do Legislativo, observa a importância política dos cargos ocupados, jungindo o exercício do crivo em relação às contas dos Chefes dos Executivos Federal, Estaduais e Municipais à atuação não de simples órgão administrativo, mas de outro Poder - o Legislativo.” Grifo nosso.

Órgão competente, portanto, para apreciar as contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo, somente pode ser, em nosso sistema de direito constitucional positivo, no que se refere ao Presidente da República, aos Governadores e aos Prefeitos Municipais, o Poder Legislativo, a quem incumbe exercer, com o auxílio meramente técnico-jurídico do Tribunal de Contas, o controle externo pertinente à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades administrativas.

Somente à Câmara de Vereadores – e não ao Tribunal de Contas – assiste a indelegável prerrogativa de apreciar, mediante parecer prévio daquele órgão técnico, as contas prestadas pelo Prefeito Municipal.

Não se subsume, em consequência, à noção constitucional de julgamento das contas públicas, o pronunciamento técnico-administrativo do Tribunal de Contas, quanto a contratos e a outros atos de caráter negocial celebrados pelo Chefe do Poder Executivo.

Esse procedimento do Tribunal de Contas, referente à análise individualizada de determinadas operações negociais efetuadas pelo Chefe do Poder Executivo, tem o claro sentido de instruir o exame oportuno, pelo próprio Poder Legislativo – e exclusivamente por este –, das contas anuais submetidas à sua exclusiva apreciação.

Não tem sido diversa a orientação jurisprudencial adotada pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, cujas sucessivas decisões sobre o tema ora em análise ajustam-se a esse entendimento, afastando, por isso mesmo, para efeito de incidência da regra de competência inscrita no art. 71, inciso I, c/c os arts. 31, § 2º, e 75, todos da Constituição da República, a pretendida distinção entre contas relativas ao exercício financeiro e **contas de gestão ou referentes à atividade de ordenador de despesas**, como se vê de expressivos acórdãos emanados daquela Alta Corte Eleitoral:

“Registro de candidatura. Prefeito. Inelegibilidade. Art. 1º, I, ‘g’, da Lei Complementar nº 64/90. Competência.

1. A competência para o julgamento das contas de prefeito é da Câmara Municipal, cabendo ao Tribunal de Contas a emissão de parecer prévio, o que se aplica tanto às contas relativas ao exercício financeiro, prestadas anualmente pelo

Chefe do Poder Executivo, quanto às contas de gestão ou atinentes à função de ordenador de despesas.

2. Não há falar em rejeição de contas de prefeito por mero decurso de prazo para sua apreciação pela Câmara Municipal, porquanto constitui esse Poder Legislativo o órgão competente para esse julgamento, sendo indispensável o seu efetivo pronunciamento.

Agravo regimental a que se nega provimento.”

(REspe n. 33.747-AgR/BA, Rel. Min. ARNALDO VERSIANI – Grifo nosso.

“Registro de candidatura. Inelegibilidade. Art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90. Competência.

- A competência para o julgamento das contas do prefeito é da Câmara Municipal, cabendo ao Tribunal de Contas a emissão de parecer prévio, o que se aplica tanto às contas relativas ao exercício financeiro, prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, quanto às contas de gestão ou atinentes à função de ordenador de despesas. Recurso especial provido.”

(REspe n. 29.117/SC, Rel. Min. ARNALDO VERSIANI) Grifo nosso.

“CONTAS - PREFEITO - REJEIÇÃO - DECURSO DE PRAZO.

Consoante dispõe o artigo 31 da Constituição Federal, descabe endossar rejeição de contas considerado o decurso de prazo para a Câmara Municipal exercer crivo tendo em conta parecer, até então simples parecer, do Tribunal de Contas.”

(RO 1.247/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO) Grifo nosso.

(...)

Sendo assim, em face das razões expostas e em juízo de estrita delibação, defiro o pedido de medida liminar, em ordem a suspender, cautelarmente, até final julgamento da presente reclamação, em relação à parte ora reclamante, os “(...) efeitos da decisão administrativa prolatada pelo TCM/CE, nos PROCESSOS 20216/2001, 21251/2001, 24711/01, 24742/01, 4227/2002 e 11749/03, consubstanciada nos ACÓRDÃOS 1059/2006, 2031/2005, 2032/2005, 572/2006, 1173/2006, 2237/2005, 2157/2005, 680/2006, 792/2004 e 1121/2005, até o julgamento final da presente demanda”.

Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao E. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, à Câmara Municipal de Quixadá/CE e ao E. Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Ceará.

2. Requistem-se informações ao E. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará.

Publique-se.

Brasília, 29 de agosto de 2012.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

Estou convencida de que com a firmação de uma orientação jurisprudencial até então dominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, há de prevalecer a tese segundo a qual o Chefe do Executivo, seja na qualidade de governante ou de ordenador de despesas, deve ter suas contas submetidas ao crivo do parlamento, atuando o Tribunal de contas como órgão opinativo.

É nesse sentido, aliás, que segue e remansosa jurisprudência dos tribunais pátrios, inclusive, do TSE. Veja-se:

RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. PREFEITO. REJEIÇÃO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. CAUSA DE INELEGIBILIDADE. JULGAMENTO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA DA CÂMARA DE VEREADORES. PRECEDENTES. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS.

1. **À exceção das contas relativas à aplicação de recursos oriundos de convênios, a competência para o julgamento das contas prestadas por prefeito, inclusive no que tange às de gestão relativas a atos de ordenação de despesas, é da respectiva Câmara Municipal, cabendo aos Tribunais de Contas tão somente a função de emitir parecer prévio, conforme o disposto no art. 31 da Constituição Federal.**

2. Agravos regimentais desprovidos.

(Agravado Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 65895, Acórdão de 20/05/2014, Relator(a) Min. LAURITA HILÁRIO VAZ, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 110, Data 13/6/2014, Página 43). Grifo nosso.

Eleições 2012. Registro de candidatura. Candidato a prefeito. Segundo colocado. Decisão agravada. Deferimento. Agravos regimentais.

Pedido de assistência. Primeiros colocados. Processo de registro. Segundo colocado.

1. Não há interesse jurídico imediato do candidato e da coligação vitoriosos em eleição majoritária para ingressarem na condição de assistentes simples do Ministério Público no processo de registro do segundo colocado, considerando que o eventual indeferimento desta candidatura não trará nenhuma consequência direta aos requerentes.

Rejeição de contas. Inelegibilidade. Art. 1º, I, g, da LC nº 64/90. Não incidência.

2. Este Tribunal firmou entendimento no sentido de que a Câmara Municipal é o órgão competente para julgar as contas do prefeito, inclusive como ordenador de despesas, e que, nesse caso, ao Tribunal de Contas cabe apenas a emissão de parecer prévio, não incidindo, portanto, a parte final do art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90. Ressalva de entendimento do relator.

Agravos regimentais a que se nega provimento (Agravamento Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 9375, Acórdão de 28/02/2013, Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 02/04/2013) Grifo nosso.

RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATO. ELEIÇÃO MUNICIPAL. 2012. INELEGIBILIDADE. REJEIÇÃO DE CONTAS. PREFEITO. ATO DE GESTÃO. FRACIONAMENTO. LICITAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90, ART. 1º, I, g e l. PROVIMENTO.

1. A jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que a Câmara Municipal é o órgão competente para o julgamento das contas de prefeito, ainda que ele seja ordenador de despesas, cabendo ao Tribunal de Contas tão somente a emissão de parecer prévio. Ressalva do ponto de vista do relator.

2. A causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, l, da LC 64/90 pressupõe que a condenação por ato doloso de improbidade administrativa importe, concomitantemente, lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. Precedentes.

3. Recurso especial provido.

(Recurso Especial Eleitoral nº 10281, Acórdão de 17/12/2012, Relator(a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 17/12/2012) Grifo nosso.

Não fosse o bastante, o entendimento ora adotado já foi objeto de recente acórdão desta 6ª Câmara Cível, senão vejamos:

CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONTAS DE GESTÃO. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PARLAMENTO MUNICIPAL PARA JULGAR CONTAS DO CHEFE DO EXECUTIVO NOS TERMOS ESTABELECIDOS PELOS ARTIGOS 71, I, 75 CAPUT E 31, §§ 1º E 2º, TODOS DA CARTA REPUBLICANA DE 1988. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. ACÓRDÃO DO TCM ANULADO.

1. Em análise, apelação interposta contra sentença de primeiro grau que pronunciou e reconheceu a competência do TCM/CE para, em derradeira instância jurisdicional, julgar as contas anuais de responsabilidade do Chefe do Executivo Municipal prestadas na excepcional qualidade de gestor e responsável pelo Fundo Municipal de Educação. O cerne da insurgência recursal é, portanto, avaliar se nas hipóteses em que o chefe do executivo municipal acumula também atribuições de um típico ordenador de despesas, este se submete ou não à jurisdição política da esfera parlamentar correspondente.

2. O questionamento trazido ao descortino desta Corte de Justiça diz respeito ao que, exatamente, determina a fixação da competência material para se processar e julgar um expediente de prestação de contas públicas, se o status funcional da autoridade que as conduz, ou se o próprio objeto/conteúdo do que respectivamente se fiscaliza, isso à luz da disciplina constitucional insculpida nos artigos 71, I, 75 caput e 31 da CF/88.

3. A esse respeito, a Carta Republicana de 1988, ao tratar das competências políticas em matéria de apreciação e julgamento de contas públicas, não estabeleceu distinção alguma relativamente aos casos em que o chefe do

poder executivo atue simultaneamente como ordenador de despesas e como governante, a indicar, sob a ótica do princípio geral da ubi Lex non distinguir nec nos distinguere debemus (onde a lei não excepciona, não cabe ao intérprete restringir) que, ambas as situações desafiam o chamado duplo julgamento, cabendo à instância técnica emitir parecer prévio e à esfera política a incumbência de decidir em caráter derradeiro.

4. Embora o Excelso Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a repercussão geral acerca do tema aqui tratado (competência exclusiva da Câmara Municipal para julgar as contas do Chefe do Executivo, atuando a Corte de Contas como órgão opinativo), admitindo o RE nº 597.362-0/BA, proveniente do RESp Eleitoral nº 33474, não houve, todavia a suspensão dos feitos que versam sobre idêntica matéria, razão pela qual há de prevalecer o entendimento majoritário que vinha sendo adotado no âmbito daquela Corte Suprema no sentido de que as contas de gestão prestadas pelos Prefeitos Municipais submetem-se à fiscalização apenas opinativa da Corte de Contas respectiva, reservando-se ao Poder Legislativo o caráter decisório final das referidas contas. Precedentes: Rcl 10.342-AgR-MC/CE; Rcl 10.445-MC/CE; Rcl 10.616/CE.

5. Para o STF “ As contas públicas dos Chefes do Executivo devem sofrer o julgamento – final e definitivo – da instituição parlamentar, cuja atuação, no plano do controle externo da legalidade e regularidade da atividade financeira do Presidente da República, dos Governadores e dos Prefeitos Municipais, é desempenhada com a intervenção “ad coadjuvandum” do Tribunal de Contas. A regra de competência inscrita no art.71, inciso II, da Carta Política – que submete ao julgamento desse importante órgão auxiliar do Poder Legislativo as contas dos administradores de demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta – não legitima a atuação exclusiva do Tribunal de Contas, quando se tratar de apreciação das contas do Chefe do Poder Executivo, pois, em tal hipótese, terá plena incidência a norma especial consubstanciada no inciso I desse mesmo preceito constitucional.” (STF; MC na Rcl nº 14395/CE; Rel. MIN. CELSO DE MELLO, j.: 08.06.2012. Dje: 11.062012).

Apelação conhecida e provida. Acórdão 04/2007/TCM anulado com inversão dos ônus sucumbenciais.

(TJCE, 6ª Câmara Cível, Relator: Des. Paulo Airton Albuquerque Filho, Apelação Cível nº 0047849-45.2008.8.06.0001, julgado em 11/06/2014, publicação em 16/06/2014). Grifos nossos.

Diante do exposto, conheço e dou provimento à Apelação para declarar a nulidade dos Acórdãos nº 2944/05 e nº 3841/06, ambos do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, invertendo-se os ônus sucumbenciais, arbitrados na ordem de R\$2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, §4º do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 4 de janeiro de 2015.

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO Nº: 0074445-32.2009.8.06.0001

ORIGEM: 9ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

REMETENTE: JUÍZO DA 9ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA

APELANTE: DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO ESTADO DO CEARÁ-DETRAN

APELADO: BRUNO GIRÃO BARRETO CAVALCANTE

RELATORA: DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA

ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. DETRAN-CE. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA POR DIRIGIR SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL (ART. 165 DO CTB). APURAÇÃO DO ESTADO DE EMBRIAGUEZ (ART. 277 DO CTB). RECUSA À REALIZAÇÃO DE TESTES. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. APELO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E DESPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Conforme estabelece o Código de Transito Brasileiro, em seu artigo 165, constitui infração gravíssima "(...) *Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência*" (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008).

2. Em que pese o egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Resp nº 1.111.566-DF, tenha se orientado pela imprescindibilidade dos testes de bafômetro ou exame de sangue para a caracterização da

embriaguez que tipifica o ilícito previsto no artigo 306 do CTB, idêntico raciocínio não se aproveita à infração de trânsito (art. 165), que se caracteriza pela direção de veículo automotor sob a influência de qualquer quantidade de álcool, autorizando, assim, o emprego de qualquer outro meio idôneo para sua aferição.

3. A regra inserta no artigo 277 referenda que: *"Todo o condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (...) §2º. A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor"*, caso não disponha dos meios previstos no *caput* do artigo.

4. Prevê o §3º do mencionado artigo 277 que *"Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo"*.

5. Tem-se, portanto, que a aplicação das penalidades estabelecidas pelo artigo 165 do CTB pode se dar em face da simples recusa do condutor à realização dos testes a ele disponibilizados. Contudo, a Resolução nº 206/2006 do CONTRAN, vigente à época da

infração, prevê a necessidade de a autoridade de trânsito fazer constar, no auto de infração de trânsito, a descrição dos notórios sinais resultantes da ingestão de bebida alcoólica, situação não verificada no caso telado.

6. Conheço do Reexame Necessário e do Recurso Apalatório, contudo para lhes negar provimento, mantendo incólume a sentença recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos Acorda a 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do Apelo e da Remessa Necessária para lhes negar provimento, mantendo incólume decisão hostilizada por não reclamar retoque, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de Apelação Cível e Reexame Necessário interposta pelo DETRAN-CE – Departamento Estadual de Trânsito contra sentença proferida pelo Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Ordinária de Cancelamento de Multa, ajuizada por Bruno Girão Barreto Cavalcante em desfavor do apelante, na qual julgou procedente pedido, para declarar nula a multa questionada, referente ao auto de infração nº 67773.

Na petição inicial, o requerente alega que no dia 22/01/2009 foi abordado em uma “blitz” do DETRAN/CE na Avenida Pontes Vieira, tendo sido autuado por dirigir sob a influência de álcool. Afirma que a multa deve ser cancelada, pois o agente autuador deixou de observar alguns procedimentos que lhe obrigam o ofício, como o que se refere ao exame do bafômetro. Por fim, requer a nulidade do auto de infração irregular.

Citado, o Detran/CE apresentou contestação de págs.41/62, aduzindo, preliminarmente, carência de ação, em razão da perda do objeto; a regular notificação das infrações; e a aplicação da Lei nº 11.705/2008, que alterou o Código de Trânsito Brasileiro.

Réplica às págs. 64/67.

Parecer ministerial de págs. 74/78, em que o *Parquet* deixou de apresentar manifestação de mérito, por entender que na presente demanda não há interesse público.

Sentenciando o feito (págs.79/84), o magistrado julgou procedente o pedido, declarando a nulidade da multa.

Inconformado, o DETRAN-CE interpôs Recurso de Apelação (págs. 87/97) alegando, em síntese, que: 1) com a recusa do teste do bafômetro, a nova redação do art. 277, § 3º, dada pela Lei 11.705/08 remete o agente de trânsito para as tenazes do art. 165 do CTB, o que revela a ausência de validade da Resolução nº 206/2006 do CONTRAN; 2) os requisitos de preenchimento do auto de infração estão dispostos no art. 280 do CTB, e não determinam que os sinais de embriaguez sejam registrados. Requer a reforma da sentença.

O apelado, apesar de intimado, não apresentou contrarrazões.

Inexistindo o interesse público a que alude o art. 53, inciso VI, do Regimento Interno desta Corte, deixei de submeter o feito à douda Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório, no essencial para o deslinde da presente questão.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade intrínsecos (legitimidade, interesse, cabimento e inexistência de fato impeditivo ou extintivo) e extrínsecos (tempestividade e regularidade formal), conheço da Apelação e do Reexame Necessário.

Sem preliminares ou prejudiciais, passo à análise do mérito recursal.

O recorrido afirma que, após ter se recusado a fazer o teste do bafômetro, no dia 22/01/2009, foi autuado por supostamente dirigir sob a influência de álcool (auto de infração nº 67773), com multa pecuniária de R\$ 766,15 (setecentos e sessenta e seis reais e quinze centavos).

Com efeito, estabelece o Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 277, § 2º, que a infração por dirigir sob influência de álcool insculpida no artigo 165 do mesmo caderno processual, “*poderá ser caracterizada pelo agente trânsito mediante a obtenção de outras provas*”

em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor”. Vejamos os dispositivos:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação da Lei nº 11.705/19.06.2008)

Infração - gravíssima; (Redação da LEI Nº 11.705/19.06.2008)

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; (Redação da LEI Nº 11.705/19.06.2008)

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação. (Redação da LEI Nº 11.705/19.06.2008)

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (Redação da LEI Nº 11.275/07.02.2006)

§ 1º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.275, de 2006)

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

§ 3º **Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.** (Redação da LEI Nº 11.705/19.06.2008) . Grifo nosso.

Por sua vez, a Resolução do CONTRAN nº 206, de 20/10/2006, vigente à época dos fatos, (revogada pela Resolução nº 432/13, de

23/01/232013), disciplina, em seu artigo 2º, como deve o agente de trânsito proceder nos casos onde o condutor recusa a realização do bafômetro:

Art. 2º. No caso de recusa do condutor à realização dos testes, dos exames e da perícia, previstos no artigo 1º, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção, pelo agente da autoridade de trânsito, de outras provas em direito admitidas acerca dos notórios sinais resultantes do consumo de álcool ou de qualquer substância entorpecente apresentados pelo condutor, conforme Anexo desta Resolução.

§ 1º. Os sinais de que trata o caput deste artigo, que levaram o agente da Autoridade de Trânsito à constatação do estado do condutor e à caracterização da infração prevista no artigo 165 da Lei nº 9.503/97, deverão ser por ele descritos na ocorrência ou em termo específico que contenham as informações mínimas indicadas no Anexo desta Resolução.

§ 2º. O documento citado no parágrafo 1º deste artigo deverá ser preenchido e firmado pelo agente da Autoridade de Trânsito, que confirmará a recusa do condutor em se submeter aos exames previstos pelo artigo 277 da Lei nº 9.503/97. Grifo nossos

Todavia, o procedimento administrativo constitui exceção, porquanto, o condutor de veículo automotor sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool, tem o direito de ser submetido “a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado”, forte no artigo 277 do CTB.

No mesmo norte, a Resolução nº 206/2006 do CONTRAN consigna, inclusive, em seu art. 2º, a necessidade de a autoridade de trânsito, quando há a recusa à submissão aos testes, exames ou perícia, fazer constar, na ocorrência ou termo específico, a descrição dos notórios sinais resultantes do consumo de álcool apresentados pelo condutor do veículo automotor que levaram à caracterização da infração prevista no art. 165 do CTB.

No caso em foco, o DETRAN apenas apresentou cópia reprográfica do “auto de infração”, no qual não há a descrição dos notórios

sinais resultantes da ingestão de álcool apresentados pelo condutor do veículo automotor que levaram à caracterização da infração prevista no art. 165 do CTB, em afronta ao art. 2º da Resolução nº 206/2006 do CONTRAN e do próprio § 2º do art. 277 do CTB.

Conforme afirmado pelo julgador de primeiro grau: “Por outro lado, não há nos autos qualquer prova de que o DETRAN tenha cumprido com o disposto no art. 2º, § 1º 2º, da Resolução do Contran nº 206, de 20.10.2006, acima especificada, quedando-se inerte quanto ao documento devidamente assinado pela autoridade de trânsito, contendo as informações mínimas indicadas no anexo da referida norma, indispensáveis à confirmação da recusa do autor à submissão do teste de bafômetro, tais como aquelas que indicam, por exemplo, se o mesmo, no dia da infração, apresentava estado de sonolência, olhos vermelhos, vômito, soluços, desordem nas vestes, odor de álcool no hálito, agressividade, arrogância, exaltação, ironia, dispersão, dentre outros. É por esta razão que o órgão autuador não agiu na mais perfeita legalidade.”

No caso concreto, se bem examinada a questão se verificará que o assentamento de embriaguez atribuída ao autor foi fruto da “presunção” do agente de trânsito, não se tratou sequer de avaliação pessoal da sintomatologia, da análise do andejar, do hálito e do comportamento do cidadão, dentre outros circunstanciais possíveis. Nesse sentido, a jurisprudência pátria:

RECURSO INOMINADO. ADMINISTRATIVO. DETRAN/RS. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA POR DIRIGIR SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL (ART. 165 DO CTB). APURAÇÃO DO ESTADO DE EMBRIAGUEZ (ART. 277 DO CTB). RECUSA À REALIZAÇÃO DE TESTES.

1. Conforme estabelece o Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 165, constitui infração gravíssima "(...) Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência" (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008).

2. Em que pese o egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Resp nº 1.111.566-DF, tenha se orientado pela imprescindibilidade dos testes de bafômetro ou exame de sangue para a caracterização da embriaguez

que tipifica o ilícito previsto no artigo 306 do CTB, idêntico raciocínio não se aproveita à infração de trânsito (art. 165), que se caracteriza pela direção de veículo automotor sob a influência de qualquer quantidade de álcool, autorizando, assim, o emprego de qualquer outro meio idôneo para sua aferição.

3. Neste norte, a regra inserta no artigo 277 referenda que: "Todo o condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (...) §2º. A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor", caso não disponha dos meios previstos no caput do artigo.

4. Ademais, prevê o §3º do mencionado artigo 277 que "Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo".

5. Tem-se, portanto, que a aplicação das penalidades estabelecidas pelo artigo 165 do CTB pode se dar em face da simples recusa do condutor à realização dos testes a ele disponibilizados.

6. Contudo, a Resolução nº 206/2006 do CONTRAN prevê a necessidade de a autoridade de trânsito fazer constar, no auto de infração de trânsito, a descrição dos notórios sinais resultantes da ingestão de bebida alcoólica, situação não verificada no caso telado.

7. DANO MATERIAL. Impossível a devolução do montante supostamente despendido com o pagamento de multa de trânsito, pois não restou minimamente comprovado tal adimplemento.

8. DANO MORAL. Embora inquestionável a angústia experimentada pelo autor em razão da demora em deslindar a *quaestio*, os contornos do presente caso não autorizam a condenação ao pagamento de indenização de natureza extrapatrimonial.

9. Os efeitos verificados não ultrapassam a seara de meros o dano moral postulado. 10. A ausência de qualquer dos

pressupostos da responsabilidade civil, por si só, elide o dever de indenizar.

10. Norte que rende homenagem ao princípio do não locupletamento indevido pelas partes. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO INOMINADO. UNÂNIME. (Recurso Cível Nº 71004916169, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: José Antônio Coitinho, Julgado em 03/07/2014)

Dessa forma, tendo em vista os fundamentos lançados, demonstra-se patente a ausência de qualquer motivação, seja de natureza material ou processual, que tenha o condão de reformar a sentença proferida pelo magistrado de planície, porquanto esta foi elaborada em consonância com a legislação pátria.

Pelo exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, conheço do Apelo e da Remessa Oficial, para negar-lhes provimento, mantendo a sentença inalterada em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 6 de maio de 2015.

PROCESSO: 0075909-96.2006.8.06.0001 - APELAÇÃO

APELANTE: MARIA NUBIA GARCIA MOTA

APELADO: INSTITUTO BIOQUÍMICO INDÚSTRIA FARMACÊUTICA LTDA.

RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS. GRAVIDEZ INDESEJADA DURANTE UTILIZAÇÃO DE ANTICONCEPCIONAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DEVER DE INFORMAÇÃO. ANTICONCEPCIONAL. POSSIBILIDADE. INFORMAÇÃO CONSTANTE DA BULA DO MEDICAMENTO. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO DE INFORMAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ E DESSA CÂMARA JUDICIÁRIA. Apelação conhecida e improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível ACORDAM os Desembargadores membros da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da apelação interposta, julgando-a improcedente, para manter inalterada a sentença recorrida.

Fortaleza, 4 de março de 2015

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta contra sentença monocrática que julgou improcedente ação de reparação de danos movida por Maria Núbia Garcia Mota contra o Instituto Bioquímico

Indústria Farmacêutica Ltda pretendendo obter reparação de danos em razão de gravidez indesejada ocorrida durante o uso de medicamento anticoncepcional injetável fabricado pelo apelado.

Argui a apelante que o medicamento anticoncepcional injetável utilizado (Unclo Ciclo) era defeituoso e que a gravidez ocorreu sem que tivesse sido planejada, configurando grave risco em virtude de sua idade e desequilíbrio emocional e financeiro à família que não havia programado a gravidez.

Suscita ainda que a responsabilidade em indenizá-la é objetiva em virtude da aplicabilidade do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, visto que o medicamento utilizado deve ser considerado defeituoso.

Em sede de contrarrazões recursais a empresa apelada argui que as provas carreadas aos autos atestam que houve o mau uso do produto e que a gravidez pode ter acontecido em data anterior à aquisição do medicamento injetável, conforme exame ultrassonográfico e recibo da farmácia acostado aos autos .

Suscita ademais que o medicamento é eficaz ao uso a que se propõe, encontrando-se devidamente registrado e que não há garantia de 100% em relação à contracepção, conforme informação na bula do medicamento, inexistindo dessa forma qualquer ato ilícito capaz de ensejar reparação de danos.

É o relatório no que há de essencial.

À douta revisão.

VOTO

O ponto nodal da presente insurgência recursal repousa na análise da comprovação do vício do produto que possa ensejar a ocorrência de gravidez indesejada capaz de configurar danos morais e/ou materiais à autora.

Em virtude do caráter consumerista da relação há que se reconhecer como objetiva a responsabilidade, sendo desnecessária a comprovação do dolo ou da culpa do laboratório que produz e comercializa o medicamento anticoncepcional (Unclo ciclo) utilizado pela autora da

demanda. Para que haja dever de indenizar necessário apenas e tão somente que seja demonstrado o dano sofrido e o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano suportado.

A meu ver, inexistente no vertente caso ato ilícito capaz de ensejar a ocorrência de dano tendo em vista que o medicamento anticoncepcional encontra-se registrado nos Ministério da Saúde e na ANVISA, estando sua produção e comercialização devidamente regulamentada e fiscalizada pelos órgãos competentes.

Tal circunstância, à luz da legislação aplicável ao caso concreto (Lei nº6360/76), levam ao reconhecimento de que o produto é eficaz para o uso a que se propõe, sendo capaz de reduzir eficientemente o risco de contracepção.

Em que pese a redução significativa da possibilidade de gravidez o uso do produto não tem eficácia de 100% e tal circunstância encontra-se devidamente exposta na bula do medicamento, afastando dessa forma a alegação apresentada pela requerente de que ao fazer uso do anticoncepcional injetável estaria segura de não engravidar.

O Superior Tribunal de Justiça possui precedentes em casos análogos, alinhados ao meu entendimento acima exposto. Considero oportuno colher alguns julgados que entendo serem esclarecedores acerca da interpretação de nossos tribunais sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. USO DE ANTICONCEPCIONAL. GRAVIDEZ INDESEJADA. NEXO DE CAUSALIDADE AUSENTE. INEXISTÊNCIA DE EFICÁCIA ABSOLUTA DE MÉTODOS CONTRACEPTIVOS. DANOS NÃO CARACTERIZADOS. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A ALTERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no AREsp 313090 / SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, Data do Julgamento 21/08/2014, Data da Publicação/Fonte DJe 08/09/2014.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ANTICONCEPCIONAL INEFICAZ. GRAVIDEZ INDESEJADA. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADO. REEXAME DE PROVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

1. Inviável o recurso especial cuja análise das razões impõe reexame do contexto fático-probatório da lide, nos termos da vedação imposta pelo enunciado nº 7 da Súmula do STJ. 2. Para a demonstração do dissídio jurisprudencial, na forma exigida pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, é necessária a similitude fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas confrontados. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 229127 / SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma Data de julgamento 25/02/2014, Data de Publicação 05/03/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DEVER DE INFORMAÇÃO. ANTICONCEPCIONAL. GRAVIDEZ INDESEJADA. POSSIBILIDADE. INFORMAÇÃO CONSTANTE DA BULA DO MEDICAMENTO. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO DE INFORMAÇÃO.

1. Ação de indenização movida por casal contra o laboratório fabricante do anticoncepcional Mesigyna, em decorrência de sua ineficácia, ensejando uma terceira gravidez não planejada. 2. Alegação do laboratório fabricante, acolhida pelas instâncias de origem, de que nenhum anticoncepcional é cem por cento eficaz, tendo essa informação constado de sua bula. 3. Fato notório de que os métodos contraceptivos não são 100% eficazes. 4. Informação constante da bula do medicamento. 5. Não caracterização do defeito de informação. 6. Necessidade de revisão da prova colhida no processo que esbarra no óbice da Súmula 07/STJ. 7. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no REsp 1261815 / SC AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2011/0146278-0, rel. Min. Paulo de Tarso sanseverino, 3ª Turma, data de Julgamento 19/02/2013, Data de Publicação 25/02/2013).

Assim, havendo comprovação de que o laboratório fabricante forneceu informações adequadas e suficientes na bula do medicamento quanto ao fato que os métodos anticoncepcionais não serem 100% eficazes há que se reconhecer não ter ocorrido qualquer falha no dever de informação ao consumidor. Ou seja, não há qualquer ato ilícito imputável ao laboratório que enseje o dever de indenizar.

Em face de todo o exposto, conheço da apelação interposta, julgando-a improcedente para manter inalterada a sentença que reconheceu a ausência de elementos caracterizadores da responsabilidade em indenizar.

É como voto.

Fortaleza, 4 de março de 2015

PROCESSO: 0078705-60.2006.8.06.0001

APELANTE: SHOPPING CENTER IGUATEMI S/A

APELADO: EDUARDO ARAUJO PENNA

RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA. DESRESPEITO AO ART. 282 NÃO EVIDENCIADO. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL REJEITADA. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA RECONHECIDA DE OFÍCIO DIANTE DA OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA NÃO ACOLHIDA. TEORIA DA ASSERTÇÃO. CONSUMIDOR ACUSADO DE PRÁTICA DE FURTO POR PREPOSTOS DE LOJA SITUADA NO INTERIOR DO SHOPPING RECORRENTE. CAUSA EXCLUDENTE DE NEXO DE CAUSALIDADE EVIDENCIADA DIANTE DA CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO. INTELIGÊNCIA DO ART. 14, §3º, II, DO CDC.

1. É pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que não se mostra viável o indeferimento da inicial após a estabilização da demanda. Além disso, infere-se que a parte autora indicou na peça vestibular todos os elementos constitutivos do suposto direito invocado, mostrando-se o pedido juridicamente possível e inexistindo qualquer ofensa ao preconizado no art. 282 do CPC. Preliminar de inépcia indeferida.

2. Julgamento *ultra petita* configurado, pois, não obstante tenha decidido o pedido, o magistrado concedeu ponto que não estava em discussão na lide. Dessa forma, devem ser excluídas, do corpo da sentença, as disposições relativas à condenação em benefício da mãe do autor da demanda, pois esta sequer era parte no processo e o julgamento *ultra petita*, por si só, não implica na nulidade absoluta do feito, mas meramente parcial. Preliminar acolhida de ofício.

3. De acordo com a teoria da asserção, ou da *prospettazione*, conforme jurisprudência remansosa do colendo STJ, as condições da ação devem ser verificadas pelo juiz à luz, essencialmente, das alegações feitas pelo autor na inicial. Nessa linha de raciocínio, é forçoso reconhecer que a ausência de responsabilidade da empresa recorrente, se reconhecida por este órgão julgador, deverá levar à improcedência do pedido e não à extinção do feito por ilegitimidade passiva, dando, desta feita, primazia ao julgamento final de mérito das causas expostas ao Poder Judiciário.

4. No mérito, o cerne da controvérsia cinge-se em apurar a responsabilidade civil do Shopping em decorrência do suposto constrangimento suportado pelo autor da demanda ao ser acusado, por prepostos de uma loja situada no interior da empresa recorrente, de ter cometido o crime de furto.

5. No caso concreto, infere-se que restou configurada, em relação ao Shopping, a existência de causa excludente de responsabilidade por culpa exclusiva de terceiros, nos termos do art. 14, §3º, II, do Código de Defesa do

Consumidor, uma vez que toda a narrativa exposta na exordial e confirmada na instrução probatória levam à conclusão de que os atos ilícitos foram perpetrados por seguranças da Loja, sem qualquer participação ou ingerência dos prepostos do Shopping apelante.

Apelação cível conhecida e provida para, ao acolher a preliminar de julgamento *ultra petita*, afastar a condenação dos danos morais supostamente suportados pela mãe do autor da demanda e para julgar improcedente a ação no que diz respeito ao Shopping apelante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da Apelação Cível para dar-lhe provimento, reformando a sentença vergastada, nos termos do voto do e. Relator.

Fortaleza, 8 de junho de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por SHOPPING CENTER IGUATEMI S/A contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 16ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que julgou procedente a Ação de Indenização por Danos Morais ajuizada por EDUARDO ARAÚJO PENNA, à época representado por sua genitora, ISABEL ARAÚJO PENNA, contra o ora recorrente e contra LOJAS CENTAURO (SBTEC COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA).

A fim de evitar desnecessária tautologia e em homenagem aos princípios da economia e de celeridade processuais, adoto, na íntegra, o relatório lançado na sentença de fls. 295/300:

Cuida-se de AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL movida por ISABEL ARAÚJO PENNA E EDUARDO ARAÚJO PENNA contra LOJA CENTAUROS (M.G. MASTER) E SHOPPING CENTER IGUATEMI, ambos qualificados na inicial.

Alega a requerente, em síntese, que, no dia 26/05/2006, por volta das 11:30 horas, seu filho Eduardo Araújo Penna, à época com 14 anos, acompanhado do seu irmão mais velho Calvin Araújo Penna, encontravam-se na Loja Centauros do Iguatemi com o objetivo de adquirirem um tênis. Não achando o par desejado, dirigiram-se a outras lojas. Chegando em frente ao Extra Supermercados, foram abordados por dois fiscais da Centauros, azo em que Eduardo Araújo Penna foi acusado de furto, querendo os fiscais revistá-lo, mas fora do shopping. Como os filhos da promovente recusaram-se a sair do empreendimento, os fiscais passaram a chamar os rapazes de “ladrões”, como forma de obrigá-los a sair do shopping, formando-se em redor do grupo “uma multidão”. Face a recusa dos rapazes, os fiscais passaram a revistar Eduardo ali mesmo, e, como nada encontraram, retiraram-se do local. Já em casa, constrangidos, os filhos da promovente narraram o fato à mãe, que, incontinenti, registrou a ocorrência no 3º Distrito policial de Fortaleza.

A título de dano moral, postula a requerente o pagamento da quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Instruem o pedido os documentos de fls. 07/10.

Citado, o primeiro promovido contestou a ação, aduzindo, em síntese, ausência de documentos que comprovem o alegado, tampouco a ocorrência do ilícito e a exorbitância da verba indenizatória postulada, acaso acolhida a tese autoral. A sua vez, o segundo promovido arguiu, preliminarmente, inépcia da inicial, alegando que na preambular subsistem “dois pedidos de indenização em danos morais de valores distintos”, sendo um de R\$ 14.000,00 e outro de R\$ 50.000,00. Ilegitimidade ativa da promovente para pleitear indenização e ilegitimidade passiva da promovida para contestar. No mérito, ressalta não haver nexo de causalidade entre a empresa contestante e o alegado dano moral, que reputa inexistente. Bem assim, que a quantia a ser fixada, a título de dano moral, acaso procedente a ação, não pode ser excessiva, a ponto de constituir enriquecimento sem causa.

Acostaram à peça de resistência os documentos de fls. 27/39 e 60/63.

Réplica às fls. 65/71.

Frustrada a tentativa de conciliação (fls. 78), produziu-se prova em audiência (fls. 94/97, 106/107 e 232/233).

Alegações finais às fls. 234/239 e 240/251.

O douto magistrado *a quo* julgou procedente a demanda para “condenar os suplicados a pagarem aos suplicantes, solidariamente, a título de dano moral, a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), sendo R\$ 7.000,00 (sete mil reais) para Eduardo Araújo Penna e R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para Isabel Araújo Penna, incidindo os juros moratórios a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ) e a correção monetária, a partir da data desta sentença (Súmula 362/STJ)”. Por fim, condenou os promovidos ao pagamento de honorários advocatícios na base de 20% sobre o valor da condenação, atualizados até a data do efetivo pagamento.

Irresignado com a sentença, o SHOPPING CENTER IGUATEMI S/A interpôs recurso de apelação às fls. 322/355. Preliminarmente, pugna pelo indeferimento da inicial por inépcia, considerando que da narração dos fatos não decorre uma conclusão lógica do pedido, bem como requer sua exclusão do polo passivo da presente lide, diante de sua flagrante ilegitimidade. No mérito, defende, em síntese, a inexistência de nexo de causalidade e de dano moral no caso concreto. Assim, pugna pelo provimento do recurso para que seja reformada a sentença adversada.

Contrarrazões às fls. 363/364.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do Recurso Apelatório.

Ab initio, cumpre que se aprecie as preliminares de inépcia da inicial, de julgamento *ultra petita*(esta suscitada de ofício) e de ilegitimidade passiva.

1. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL.

Segundo o recorrente, a peça exordial merecer ser indeferida, com a consequente extinção do feito sem resolução do mérito, porquanto dos fatos narrados não decorreriam logicamente uma conclusão, uma vez que a tese levantada pela autora, Sra. Isabel Araújo Penna, evidenciaria um constrangimento suportado por seu filho menor, no entanto, a mesma teria postulado, em seu próprio favor, indenização por dano moral, malferindo, assim, o preconizado no art. 295, I e parágrafo único, II e IV do CPC, o qual aduz:

Art. 295. A petição inicial será indeferida:

I - quando for inepta;

(...)

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

(...)

II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

(...)

IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.

A preliminar não merece prosperar.

Primeiramente, cumpre assinalar que é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que não se mostra viável o indeferimento da inicial após a estabilização da demanda.

Nesse sentido colhem-se as lições de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

I.Momento. Somente pode ocorrer essa figura jurídica do indeferimento da petição inicial se o juiz assim o fizer logo no início do procedimento. Determinada a citação do réu, não mais poderá haver indeferimento da petição inicial, pelo simples motivo de que já terá sido deferida, isto é, mandada processar. Caso o juiz, no decorrer do processo, resolva acolher, por exemplo, preliminar, arguida pelo réu, de carência de ação (CPC 301 X) por manifesta ilegitimidade de parte, ainda que esse tema enseje o indeferimento da petição inicial (CPC 295, II), não poderá indeferir a petição

inicial já deferida, mas sim deverá extinguir o processo sem resolução do mérito.

(Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 14ª edição, Editora RT, 2014, pg. 697)

Por outro lado, também não se evidenciam as hipóteses autorizativas da extinção do processo sem julgamento do mérito elencadas no art. 267 do diploma processual civil vigente.

Isso porque, compulsando detidamente os autos, infere-se que a parte autora indicou na peça vestibular todos os elementos constitutivos do suposto direito invocado. Além disso, constata-se que o pedido é juridicamente possível e que não existe qualquer ofensa ao preconizado no art. 282 do CPC.

Em relação à tese de que a Sra. Isabel Araújo Penna teria formulado, em nome próprio, pedido de indenização por suposto constrangimento suportado por seu filho, vislumbra-se, ao contrário do defendido no recurso apresentado, que, na verdade, a Sra. Isabel figurou na lide, nos termos elencados na exordial, apenas como representante e assistente de seu filho, Eduardo Araújo Penna, o qual, na data do ajuizamento da ação, possuía 14 (quatorze) anos de idade.

Para sedimentar esse entendimento, traz-se à colação, trechos da qualificação e do pedido encetados na petição inicial (fls. 03/07), *in verbis*:

Isabel Araújo Penna, CPF nº 033.809.087-89, brasileira, casada, Auxiliar de enfermagem, residente e domiciliada nesta capital, na Rua Barão de Vasconcelos, 147, Rodolfo Teófilo, CEP 60.430-420, neste ato representando e assistindo seu filho menor, Eduardo Penna (...)

DIANTE DO EXPOSTO, REQUER:

(...)

5 – a procedência da presente ação em todos os seus termos para condenar as promovidas a indenizar o promovente, a título de dano moral, a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)

Sendo assim, rejeita-se a preliminar de inépcia suscitada pelo recorrente.

2. PRELIMINAR DE NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA POR JULGAMENTO *ULTRA PETITA*.

Compulsando detidamente os fôlios processuais, 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, assim, os limites impostos na exordial.

Isso poque, consoante asseverado, não há, na peça exordial, qualquer pedido de indenização direcionado à Sra. Isabel Araújo Penna. Na verdade, a mesma figurou na presente ação apenas como representante e assistente de seu filho, Eduardo Araújo Penna, o qual, na época do ajuizamento da demanda indenizatória, possuía 14 (quatorze) anos de idade.

Todavia, o douto magistrado de piso condenou os suplicados “a pagarem aos suplicantes, solidariamente, a título de dano moral, a quantia de R\$ 15.000 (quinze mil reais), sendo R\$ 7.000,00 (sete mil reais) para Eduardo Araújo Penna e R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para Isabel Araújo Penna”.

Dessa forma, devem ser excluídas, do corpo da sentença, as disposições relativas à condenação em benefício de Isabel Araújo Penna, pois esta sequer era parte no processo e 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.

Corroborando tais ensinamentos, o Egr. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

“Ao julgador é vedado prestar a tutela jurisdicional quando não requerida pela parte ou por fundamento diverso do invocado por ela, em obediência ao princípio da adstrição ou da congruência entre o pedido e a sentença. Vê-se, portanto, que o pedido é a condição e o limite da prestação jurisdicional, demarca a *litis contestatio* e deve fazer-se com base em uma causa *petendi* que pode compreender um ou vários fatos. A tutela jurisdicional não pode ser prestada senão quando requerida e com base na causa invocada pela

parte, tendo em vista que o julgador não pode extrapolar o pedido, tampouco a causa de pedir, pois ao estado-juiz é defeso interferir no patrimônio jurídico alheio e deliberar sobre questão que não lhe foi dada a resolver. Nessa perspectiva, configura-se defeituoso o julgamento tanto quando o juiz concede prestação jurisdicional diferente da que lhe foi postulada como quando defere a prestação requerida com base em fundamento não invocado pela parte. A desatenção ao pedido ou à causa de pedir implica nulidade do julgado.”

(REsp 795.348/RS, 4.^a T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 18.3.2010)

No mesmo sentido:

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, 6.^a Câmara Cível, Rel. Des.^a Sérgia Maria Mendonça Miranda, Data de Registro: 04/03/2011).

Assim, voto no sentido de acolher a preliminar de julgamento *ultra petita* para, reconhecendo a ocorrência de nulidade parcial, excluir, do corpo da sentença, as disposições relativas ao suposto dano moral sofrido por Isabel Araújo Penna, remanescendo, apenas, a condenação arbitrada em benefício de Eduardo Araújo Penna, único autor na presente demanda.

3. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA

Prosseguindo na análise das preliminares, infere-se que a recorrente postula que seja reformada a sentença de 1º grau para o fim de que se reconheça a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da presente lide

Segundo suas razões, “esmiuçando toda a peça inicial, não encontramos nenhum fato ou ato ilícito apontado ao Shopping contestante ou por um de seus prepostos, sendo que a conduta tida como causadora do suposto dano moral foi atribuída unicamente aos prepostos da loja centauro, que, como é de conhecimento público, mantém apenas relação locatícia com o Shopping Apelante”.

Entretanto, no caso concreto, em que pesem as eloquentes ponderações efetivadas pelo recorrente, tem-se que a preliminar não merece guarida, haja vista que a tese de ilegitimidade passiva, indubitavelmente, se confunde com a matéria de mérito da defesa apresentada, não podendo, em nosso entender, ser acolhida de forma a justificar a extinção sem resolução do mérito da contenda.

Ressalte-se, por oportuno, que, em análise de admissibilidade, o julgador, segundo a “teoria da asserção” ou da “*prospettazione*”, deve enfrentar, apenas em tese, as questões relacionadas às condições da ação e aos pressupostos processuais, sob pena de indevida confusão entre os requisitos de admissibilidade e a improcedência da demanda.

Nessa perspectiva, traz-se à colação os ensinamentos de Fredie Didier Jr., em sua obra Curso de Direito Processual Civil:

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.

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

A jurisprudência remansa 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 ASSERTÇÃO. 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)

Nessa linha de raciocínio, é forçoso reconhecer que a ausência de responsabilidade da empresa recorrente, se reconhecida por este órgão julgador, deverá levar à improcedência do pedido e não à extinção do feito sem resolução do mérito, dando, desta feita, primazia ao julgamento final de mérito das causas expostas ao Poder Judiciário.

No caso concreto, insta salientar, ainda, que a suposta análise desta matéria ventilada pelo recorrente implica, necessariamente, no cotejo analítico da instrução efetivada, inclusive no que diz respeito aos depoimentos pessoais e testemunhais.

Logo, havendo a necessidade de uma cognição mais profunda para justificar o acolhimento da tese, tal qual no caso sob julgamento, não há de se falar em extinção do processo sem resolução do mérito por ausência de condições da ação.

Sobre o assunto, pertinente os comentários de Daniel Assumpção Neves, em sua obra Manual de Direito Processual Civil:

Para os defensores da teoria da asserção, sendo possível ao juiz mediante uma cognição sumária perceber a ausência de uma ou mais condições da ação, deve extinguir o processo sem a resolução do mérito por carência de ação (art. 267, VI, do CPC), pois já teria condições desde o limiar do processo de extingui-lo e assim evitar o desenvolvimento de atividade inútil. Com embasamento no princípio da economia processual, entende-se que, já se sabendo que o processo não reúne condições para a resolução do mérito, cabe ao juiz a sua prematura extinção por carência da ação. Nesses termos, a teoria da asserção não difere da teoria eclética.

Por outro lado, caso o juiz precise no caso concreto de uma cognição mais aprofundada para então decidir sobre a presença ou não das condições da ação, não mais haverá tais condições da ação, que passarão a ser entendidas como matérias de mérito. Dessa forma, aprofundada a cognição, a ausência daquilo que no início do processo poderia ter sido considerado uma condição da ação passa a ser matéria de mérito, gerando uma sentença de rejeição do pedido do autor (art. 269, I, do CPC), com a geração de coisa julgada material. Nesses termos, a teoria da asserção não difere da teoria abstrata pura.

Assim, por considerar que a questão a ser solvida envolve a própria responsabilidade da parte recorrente, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva aventada.

4. MÉRITO

No mérito, o cerne da controvérsia cinge-se em apurar a responsabilidade civil do Shopping Iguatemi, ora apelante, em decorrência do suposto constrangimento suportado pelo autor da demanda ao ser acusado, por prepostos da Loja Centauro, de ter cometido o crime de furto.

A hipótese dos autos revela caso no qual é aplicável a teoria da responsabilidade civil objetiva prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, considerando que a relação jurídica travada entre autor e réus é tipicamente de consumo, nos termos do que preconizam os arts. 2º e 3º daquele diploma legal.

O art. 186, do Código Civil, por sua vez, dispõe que, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ilícito.

Impõe-se observar, ainda, o contido no art. 932, III, Código Civil, segundo o qual são também responsáveis pela reparação civil, o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

No caso concreto, insta salientar que, diante do existência da relação consumerista, seria possível, em tese, o reconhecimento da solidariedade entre a Loja Centauro e o Shopping Iguatemi.

Nesse cenário, cabe ao autor da demanda, em regra, com lastro no art. 333, I, do CPC, provar o fato constitutivo do seu direito, representado, nesta hipótese, na ocorrência do ato ilícito supostamente praticado pelo Shopping Iguatemi, ora recorrente, na existência de nexo de causalidade e na comprovação do dano efetivamente sofrido, sendo despicienda a análise acerca do elemento subjetivo.

Todavia, das provas coligidas aos autos, constata-se, facilmente, que toda a conduta ilícita decorreu, exclusivamente, de atos

praticados por prepostos da Loja Centauro e não do Shopping Iguatemi, ora apelante.

Não há relato na inicial, tampouco nos depoimentos pessoais e testemunhais, apurados durante a instrução em primeiro grau, de que tenha havido qualquer interferência de algum preposto do Shopping Iguatemi.

Para sedimentar esse entendimento, colhe-se trecho do depoimento pessoal do autor da ação, Sr. Eduardo Araújo Penna (fl. 116):

“(…) que quando estavam se aproximando do Extra, três funcionários da Centauro abordaram o depoente; que os funcionários da Centauro puxaram o braço do depoente e o chamaram de ladrão e aí disseram que havia sumido uma coisa da loja e que estava com o depoente; que um funcionário ficou segurando o braço do depoente, o outro levantou a blusa do depoente e o ficou revistando; que foi tirada a carteira do bolso do depoente e foram aglomerando pessoas” (…)

As testemunhas, Calvin Araújo Penna, Cristiano Matos de Araújo e Francisco Valdenir Gomes Sousa, também são uníssonas em afirmar que todo o ocorrido se deu em virtude das condutas dos seguranças da Loja Centauro e não do Shopping Iguatemi. Veja-se trechos de cada um dos depoimentos:

1. Depoimento de Calvin Araújo Penna (fl. 114):

“(…)observou que seu irmão estava a uns três passos atrás, com um rapaz da centauro levantando a camisa do irmão do depoente; que o que levantou a camisa do irmão do depoente retirou a carteira do bolso do irmão do depoente acusando que ele estava roubando uma peça da centauro; que os funcionários da Centauro não disseram que peça seria (…)”

2. Depoimento de Cristiano Matos Araújo, operador de caixa de uma das lojas do Shopping Iguatemi (fls. 130/131):

“(…) que o depoente ia passando pelo local e verificou que havia um aglomerado de pessoas; (…); que o depoente verificou que haviam três rapazes lá e um dos três estava

segurando o braço do rapaz que estava sendo acusado; que os três rapazes usavam uniforme; que o uniforme utilizado era da Centauro; que o outro rapaz que estava uniformizado estava tateando o rapaz que estava sendo acusado; que os três, que o depoente acredita que sejam seguranças da loja (...)"

3. Depoimento de Francisco Valdenir Gomes Souza (fl. 260):

"(...) que, no dai dos fatos narrados na inicial, o depoente se encontrava trabalhando no Shopping Iguatemi; que o rapaz da segurança perseguiu da loja até o Extra duas pessoas; que viu um dos seguranças mandar um dos rapazes levantar a blusa; que como o segurança não viu nada, os dois rapazes e o segurança foram embora; que afirma que o segurança era da Centauro por causa da farda que ele usava(...)"

Nesse diapasão, infere-se que restou configurada, em relação ao Shopping Iguatemi, ora apelante, a existência de causa excludente de responsabilidade por culpa exclusiva de terceiros, nos termos do art. 14, §3º, II, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que toda a narrativa exposta na exordial e confirmada na instrução probatória levam à conclusão de que os atos ilícitos foram perpetrados por seguranças da Loja Centauro, sem qualquer participação ou ingerência dos prepostos do Shopping apelante.

Ademais, o simples fato de existir uma relação locatícia entre a Loja Centauro e o Shopping Iguatemi não implica, obrigatoriamente, na responsabilização solidária por todo e qualquer evento que ocorra por culpa exclusiva dos prepostos da loja.

Por todo o exposto, com fulcro nos precedentes citados, conheço do recurso de apelação cível, para dar-lhe provimento, acolhendo, de ofício, a preliminar de julgamento *ultra petita* para afastar a condenação dos danos morais supostamente suportados por Isabel Araújo Penna, bem como para julgar improcedente a demanda em relação ao Shopping Iguatemi.

Por fim, diante da reforma da sentença, condena-se a parte autora ao pagamento da quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais), a título de honorários advocatícios, em benefício do ora apelante (art. 20, §4º, CPC).

Contudo, como o autor litiga sob o pálio da gratuidade judiciária, fica suspensa a exigibilidade de referidos ônus enquanto perdurar a situação de hipossuficiência econômica, por aplicação do previsto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

É como voto.

Fortaleza, 8 de junho de 2015.

PROCESSO: 0791731-94.2000.8.06.0001 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

APELANTE: ESTADO DO CEARÁ

REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 12ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA

APELADO: MARIA HELIONILDA LUCAS BEZERRA

RELATOR: DES. JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE IMPETRADA. INOCORRÊNCIA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. POSSIBILIDADE. CF, ART. 37, XVI, B. CARGO DE PROFESSOR COM OUTRO TÉCNICO CIENTÍFICO. AUXILIAR JUDICIÁRIO. NATUREZA TÉCNICA COMPROVADA. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. NOVA DENOMINAÇÃO DO CARGO. TÉCNICO JUDICIÁRIO. PERMANÊNCIA DA NATUREZA TÉCNICA. RECURSO DE APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL CONHECIDOS E DESPROVIDOS. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. Trata-se de apelação e remessa oficial em sede de *mandamus*, pretendendo anular sentença que concedeu a segurança e autorizou a posse da impetrante no cargo de Professor Pleno I, acumulando com o cargo já exercido de Auxiliar Judiciário.

2. A autoridade mais indicada com competência para reverter a situação é aquela que chancela o ato combatido, sendo, portanto, parte legítima para compor o polo passivo do *mandamus*.

3. Os auxiliares judiciários desempenham atividades judiciárias de natureza processual, em regra, podendo, eventualmente, exercerem funções administrativas, a teor do Art. 396, da Lei Estadual nº 12.342/1994. Presente, portanto, a natureza técnica da função exercida.

4. Incontroversa a questão da compatibilidade de horários, em se tratando de um cargo de Auxiliar Judiciário, com 30 horas semanais, e outro de Professor, com 20 horas semanais. Precedentes do STJ.

5. Por força da Lei estadual nº 14.128/2008, o cargo em comento foi denominado Técnico Judiciário, permanecendo, à leitura das atribuições funcionais, a natureza técnica necessária à acumulação de cargos pretendida.

6. Recurso de apelação e remessa oficial conhecidos e desprovidos. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do recurso de apelação e remessa oficial, mas para NEGAR-LHES PROVIMENTO, a fim de confirmar a sentença de primeiro grau, em todos os seus termos.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação cível e remessa oficial, em face de sentença proferida pelo d. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, em sede de mandado de segurança impetrado por Maria Helionilda Lucas Bezerra contra ato emanado da Supervisora do Núcleo de Controle de Cargos – NUCAC e do Chefe da Coordenadoria de Gestão de Pessoas - COGEP, da Secretaria de Administração do Estado do Ceará, atualmente no acervo da 12ª Vara da Fazenda Pública, e que

julgou procedente o pedido autoral e concedeu a segurança pleiteada, reconhecendo o direito da impetrante de acumular o cargo de Analista Judiciária Adjunta com o cargo de Professora, em razão do caráter técnico do primeiro.

Na inicial, de fls. 2/9, a impetrante alega que é auxiliar judiciária de 1ª entrância, lotada no Fórum Desembargador José Maria de Queiroz, Município de Jucás e que, no ano de 2003, prestou concurso para o cargo de professor de língua estrangeira promovido pelo Governo do Estado do Ceará, quando concorreu para a única vaga existente no Município de Cariús. Informa que obteve a nomeação em caráter efetivo para o cargo de Professor, Classe Pleno I, na disciplina de Língua Estrangeira, no entanto, foi-lhe exigida a exoneração do cargo de Auxiliar Judiciário, pois as funções não seriam passíveis de acumulação.

Aduz a autora que a jurisprudência desta e. Corte de Justiça já sedimentou entendimento em casos semelhantes para classificar o cargo de Auxiliar Judiciário como técnico, por exigir conhecimentos específicos da área jurídica. Liminarmente, a autora pugna por determinação judicial no sentido de que a autoridade dita como coatora lhe confira posse no cargo de Professora. No mérito, pede que lhe seja assegurado o direito de acumular o cargo de Auxiliar Judiciário com o de Professor, como dispõe o artigo 37, XVI, da Constituição Federal.

Com a exordial, vieram os documentos de fls. 10/66.

Em decisão de fls. 69/71, o magistrado de piso concedeu liminarmente a tutela antecipada pugnada.

Informações, pela autoridade impetrada, às fls. 80/87.

Pedido de suspensão de liminar, às fls. 96/102, deferido pela Presidência desta e. Corte de Justiça às fls. 103/106, sustentando a eficácia da decisão anteriormente proferida.

Parecer do órgão ministerial de primeira instância, às fls. 119/122, pela improcedência do pleito formulado na exordial.

O d. Magistrado *a quo*, em sentença acostada às fls. 203/208, julgou procedente o pedido e concedeu a segurança pleiteada, reconhecendo o direito da autora de acumular o cargo de Analista Judiciária Adjunta com o cargo de Professora, em razão do caráter técnico do primeiro. Determinou que a autoridade apontada como coatora confira à impetrante a posse e exercício no cargo para o qual foi aprovada conforme noticiado nos autos.

O Estado do Ceará interpôs recurso de apelação, acostado às fls. 134/151, alegando a ilegitimidade passiva dos impetrados, por não terem o condão de responder pelo ato impugnado; e a vedação de acumulação dos cargos referenciados, por manifestamente inconstitucional.

Sem contrarrazões.

Remetidos à instância superior, os autos foram distribuídos para esta Relatoria em 29/09/2014. Termo às fls. 164.

Em parecer acostado às fls. 168/176, o ilustre representante do Ministério Público de 2º Grau opina pelo conhecimento da apelação e pelo seu desprovimento. Quanto ao reexame necessário, foi pela reforma da sentença somente no tocante à sua fundamentação, eis que o cargo da impetrante, ora de nível superior, é alvo de reforma estatutária, garantindo a tecnicidade necessária à cumulação pretendida.

É o breve relatório.

À douta revisão.

Fortaleza, 16 de abril de 2015.

VOTO

Conheço do recurso de apelação cível, eis que atendidos os pressupostos de admissibilidade recursal atinentes, bem como da remessa oficial, uma vez que preenchidos os requisitos próprios, nos termos da lei.

Cuidam os autos de recurso de apelação cível e remessa oficial, em face de sentença proferida pelo d. Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, em sede de mandado de segurança impetrado por Maria Helionilda Lucas Bezerra contra ato emanado da Supervisora do Núcleo de Controle de Cargos – NUCAC e do Chefe da Coordenadoria de Gestão de Pessoas - COGEP, da Secretaria de Administração do Estado, atualmente no acervo da 12ª Vara da Fazenda Pública, e que julgou procedente o pedido autoral e concedeu a segurança pleiteada, reconhecendo o direito da impetrante de acumular o cargo de Analista Judiciária Adjunta com o cargo de Professora, em razão do caráter técnico do primeiro.

Manejou, a demandante, o presente remédio constitucional, eis que inconformada com a impossibilidade de tomar posse no cargo de Professor, Classe Pleno I, na disciplina de Língua Estrangeira, a que fez jus através de concurso público, realizado no Município de Cariús. O argumento expandido pela Administração Pública foi que a demandante já exercia outro cargo público, o de Auxiliar Judiciário, e que se fazia necessário a exoneração deste último, eis que incompatível legalmente a acumulação.

DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE IMPETRADA

Sustenta, o apelante, a falta de competência material das autoridades impetradas para atender à pretensão. Aduz que "a demandante entendeu que o fato de as autoridades impetradas terem apresentado óbice à sua posse, isto, por si, seria suficiente para mencioná-las no polo passivo do *mandamus*".

Contudo, não merece guarida tal argumento.

Do bojo do autos, vê-se certidão, às fls. 47, datada de 5 de julho de 2004, expedida pela autoridade impetrada (Núcleo de Controle de Cargos – NUCAC, da Coordenadoria de Gestão de Pessoas – COGEP, da Secretaria de Administração do Estado do Ceará). Ali se certifica a impossibilidade da impetrante assumir o cargo de Professor Pleno I, a menos que suspenda o vínculo funcional ou exonere-se do cargo que detém.

Também dos autos, às fls. 45, verifica-se que a publicação do ato de nomeação da impetrante, no Diário Oficial do Estado, para o cargo em que foi aprovada se deu no dia 21 de julho de 2004.

Ou seja, inobstante a certidão oriunda da autoridade impetrada não autorizar a posse da impetrante, o seu termo de nomeação, chancelado pelo Governador do Estado teve a sua publicação oficializada.

Entendo, outrossim, que o entrave à posse da promovente teve por fundamento a certidão expedida pela autoridade impetrada, sendo ela a autoridade mais indicada com competência para reverter a situação, e portanto, parte legítima para compor o polo passivo do *mandamus*. Veja-se o julgado:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. I. **Autoridade coatora é aquela que pratica o ato impugnado e que detém competência para seu desfazimento.** II. De acordo com a Portaria SRF 1.096, de 17 de maio de 2005, verifica-se que a impetrante está subordinada à autoridade administrativa da Delegacia da Receita Federal em Taboão da Serra/SP. III. Inviável se torna a análise do pedido por falta de uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade das partes (art. 267, VI, CPC). IV. Apelação desprovida. (TRF-3 - AMS: 2235 SP 2006.61.00.002235-7, Relator: JUIZ CONVOCADO BATISTA GONÇALVES, Data de Julgamento: 14/10/2010, QUARTA TURMA)

Portanto, afasto a preliminar suscitada de ilegitimidade passiva da autoridade impetrada.

DA ACUMULAÇÃO DE CARGOS

Com efeito, a acumulação remunerada de cargos públicos é vedada, de acordo com o inciso XVI do artigo 37 da Constituição Federal, exceto nas taxativas hipóteses das alíneas 'a', 'b' e 'c' do citado artigo, desde que comprovada a compatibilidade de horários e observado o teto remuneratório do funcionalismo público.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

No presente caso, verifico que a parte autora, ora apelada, pretende a acumulação do cargo de Auxiliar Judiciário de 1ª Entrância que já exerce, mais o de Professor, aprovada que foi em concurso público.

Vislumbra-se, aqui, a possibilidade conferida pelo inciso "b", acima transcrito, qual seja, a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico.

Entendo que não há como se afastar da conclusão que o cargo de Auxiliar Judiciário possua cunho técnico ou científico, diante das peculiaridades e especificidades das tarefas a serem desenvolvidas pelo servidor em questão.

As atribuições do cargo de Auxiliar Judiciário, previstas na Lei nº 12.342/1994 (em sua redação original) vêm dispostas em seu art. 396, *verbis*:

Art. 396 - Os cargos de Assistentes Técnicos Judiciários compreendem a execução de atividades judiciárias de nível médio, **de natureza processual judiciária** e, eventualmente administrativa, sendo providos através dos institutos da transposição e transformação de atuais cargos existentes, por princípio de economia e incentivo à ascensão funcional dos atuais Escreventes e, por concurso público de provas, as vagas que sobejarem, sendo a sua descrição, estruturação em carreira, avaliação e fixação dos vencimentos e vantagens objeto da Lei Orgânica da Administração do Poder Judiciário, observadas as disposições deste Código. (grifei)

Ressalte-se que o cargo de Assistente Técnico Judiciário corresponde ao de Auxiliar Judiciário, cuja denominação foi alterada pela Lei nº 12.553/1995.

Da análise do texto legal colacionado, percebe-se que os auxiliares judiciários desempenham atividades judiciárias de natureza processual, em regra, podendo, eventualmente, exercerem funções administrativas. Deste modo, presente a natureza técnica da função exercida, correta a concessão da segurança.

Sobre o tema, salutar o entendimento do eminente administrativista Hely Lopes Meireles:

Cargo técnico é o que exige conhecimentos profissionais especializados para o seu desempenho, dada a natureza científica ou artística das funções que encerra. Nesta acepção é que o art. 37, XVI, 'b', da Constituição o emprega, sinonimizando com o cargo científico, para efeitos de acumulação.

(*in* Direito municipal brasileiro. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 421)

Por sua vez, a egrégia Corte Superior de Justiça tem entendido que cargo técnico ou científico é aquele para cujo exercício sejam exigidos conhecimentos técnicos específicos e habilitação legal, não necessariamente de nível superior (STJ, 5ª Turma, RMS 20.033/RS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 12.03.2007).

É cediço que da singela leitura das atribuições do cargo de Auxiliar Judiciário, verifica-se haver a necessidade de discernimento/conhecimento técnico por parte dos ocupantes e não apenas conhecimentos burocráticos, devendo-se aplicar à espécie o artigo 37, inciso XVI, alínea 'b' da Constituição Federal.

Veja-se os julgados:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO
- PRETENSÃO DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS
- SERVIDOR DETENTOR DO CARGO DE PROFESSOR DA REDE PÚBLICA ESTADUAL - APROVAÇÃO NO CONCURSO MUNICIPAL PARA O CARGO DE PEDAGOGA - **NATUREZA TÉCNICA DEMONSTRADA PELA PROVA DOS AUTOS - DIREITO AO ACÚMULO RECONHECIDO PELA REGRA CONSTITUCIONAL** - CONCESSÃO DA SEGURANÇA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1 - A Constituição da República autoriza, por via de exceção, a cumulação de cargos públicos, desde que observados os requisitos do inciso XVI do seu art. 37. 2 - **Ao servidor titular do cargo de Professor, que é aprovado no concurso para o cargo de pedagogo, que exige no edital curso superior e especialização, de natureza eminentemente técnica, dependente de conhecimentos específicos, reconhece-se o direito de acumular os cargos em atendimento à regra constitucional.**

(TJ-MG - REEX: 10251130039604001 MG , Relator: Sandra Fonseca, Data de Julgamento: 16/09/2014, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/09/2014) (grifei)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS PÚBLICOS-CARGO DE NATUREZA TÉCNICA COM CARGO DE PROFESSOR - COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS VERIFICADA - POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO - EXEGESE DO ART 37, XVI, DA CF- HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS - RECURSO IMPROVIDO

Com efeito, a acumulação remunerada de cargos públicos é vedada, de acordo com o inciso XVI do artigo 37 da Constituição Federal, exceto nas taxativas hipóteses das alíneas a, b e c do citado artigo. A excepcionalidade prevista no referido dispositivo constitucional permite o exercício de dois cargos públicos, desde que comprovada a compatibilidade de horários e observado o teto remuneratório do funcionalismo público, nas hipóteses de cumulação de dois cargos de professor, de um cargo de professor com outro técnico ou científico e, por último, de dois empregos ou cargos privativos da saúde. **Em face da atribuição técnica do cargo e da compatibilidade de horários, imperioso conferir-se status técnico-científico à função de Gestor de Atividades de Trânsito, possibilitando-se sua acumulabilidade com o cargo de professor.** No que tange ao inconformismo quanto ao valor fixado a título de honorários advocatícios, tenho que descabida a pretendida redução do quantum, fixado na sentença vergastada em R\$1.500,00 (um mil e quinhentos reais), que já é, em si, módica à natureza e à importância da causa, de forma que chancelar a pretensão de sua minoração seria aviltar o trabalho desenvolvido pelo profissional da advocacia.

(TJ-MS - APL: 00112544820108120021 MS 0011254-48.2010.8.12.0021, Relator: Des. Divoncir Schreiner Maran, Data de Julgamento: 19/08/2014, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 12/09/2014) (grifei)

Também o e. TJCE comunga deste entendimento. Trata-se de caso análogo.

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. POSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE DE CARGOS E HORÁRIOS COMPROVADOS. AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL. **CUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS COM COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS, SENDO UM CARGO DE PROFESSOR E OUTRO DE NATUREZA TÉCNICA.** IMPETRANTE PREENCHE OS REQUISITOS EXIGIDOS CONSTITUCIONALMENTE. **EXERCÍCIO DO CARGO DE PROFESSOR NA UNIVERSIDADE REGIONAL DO CARIRI, E, DO CARGO DE AUXILIAR JUDICIÁRIO DO TJCE.** REMESSA OFICIAL CONHECIDA E IMPROVIDA. UNÂNIME. (TJCE, Apelação Cível nº 35998200580600761, 6ª Câmara Cível, Relatora: Des. Sérgio Maria Mendonça Miranda, Data de registro: 08/02/2012). (grifei)

DA COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS

Com relação à compatibilidade de horários, no caso em apreço, vejo que tal não se configura óbice à acumulação pleiteada.

Extrai-se da certidão acostada às fls. 47, expedida pela Secretaria de Administração do Estado do Ceará, que "MARIA HELIONILDA LUCAS BEZERRA detém no serviço público um cargo de Auxiliar Judiciário (30h semanais), matrícula nº 207-1-0, no Poder Judiciário".

Ademais, às fls. 45, vê-se a publicação no Diário Oficial do Estado, do dia 21 de julho de 2004, do ato de nomeação da demandante "para o regime de 20 horas semanais".

Admite-se, assim, que a impetrante possa exercer o cargo de Professor no expediente noturno. O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 37, XVI, da Constituição Federal, confirma essa possibilidade.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MILITAR. MÉDICO. **ACUMULAÇÃO DE CARGOS. NATUREZA CIENTÍFICA. PROFESSOR. POSSIBILIDADE.** [...]

4. O art. 37, XVI, da Constituição impõe como regra a impossibilidade de acumulação de cargos. As exceções se encontram taxativamente listadas em suas alíneas e devem ser interpretadas de forma estrita, sob pena de afrontar o objetivo da norma, que é o de proibir a acumulação remunerada de cargos públicos. [...] 7. A acumulação exercida pela recorrente se amolda, portanto, à exceção inserta no art. 37, XVI, b, da Constituição Federal. De fato, parece desarrazoado admitir a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico e, entretanto, eliminar desse universo o cargo de médico, cuja natureza científica é indiscutível. 8. **Por fim, verifica-se que é incontroversa a questão da compatibilidade de horários (40 horas semanais, sem dedicação exclusiva na Universidade Federal de Goiás, e 20 horas semanais, no exercício da atividade de médica reumatologista, no Hospital da Polícia Militar de Goiás - fls. 45-46).** 9. Recurso Ordinário provido.
(STJ - RMS 39.157/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 07/03/2013) (grifei)

DO HISTÓRICO DO CARGO DE AUXILIAR JUDICIÁRIO

À época da propositura do *mandamus*, o cargo exercido pela impetrante era o de Auxiliar Judiciário, denominação estabelecida pela Estadual Lei nº 12.483/1995, e que correspondia ao cargo de Assistente Técnico Judiciário, criado pela Lei Estadual nº 12.342/1994, conforme alinhado acima.

Posteriormente, e durante o curso do processo, o referido cargo foi transformado em Analista Judiciário Adjunto, por força da Lei nº 13.551/2004.

Art. 6º. O art. 396 da Lei n.º 12.342, de 28 de julho de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:
“Art. 396. O cargo de Analista Judiciário Adjunto, privativo de nível superior de duração plena, compreende a execução de atividades judiciárias de natureza processual e administrativa.”

Face à mudança operada, a d. Magistrada de piso fundamentou a sentença recorrida no *status* de nível superior alcançado pelo cargo em exame, e na tecnicidade a ele atinente.

Contudo, a Lei nº 14.128/2008 já retificara o nível exigido para as funções a serem exercidas no cargo em comento, agora denominado de Técnico Judiciário, cuja escolaridade para o ingresso, através de provimento originário, é o de nível médio.

Art. 4º Os requisitos de escolaridade requeridos para ingresso nos cargos públicos previstos no art. 1º desta Lei são os seguintes:

(...)

III - para o cargo de Técnico Judiciário: curso de ensino médio ou curso técnico equivalente, correlacionado à especialidade, homologado pelo Conselho Estadual de Educação.

Confira-se as atividades inerentes à carreira de Técnico Judiciário:

III - Carreira de Técnico Judiciário:

a) área judiciária: atividades de nível intermediário, de natureza técnica e processual, relacionadas à execução de tarefas técnico-judiciárias e administrativas, correspondentes ao atendimento aos magistrados e às partes, à tramitação dos feitos, à realização de pregões de abertura e encerramento de audiências, às chamadas das partes, dos advogados, das testemunhas e à guarda e conservação de bens e processos e outras atividades judiciárias correlatas;

b) área técnico-administrativa: atividades de natureza técnicas de nível intermediário, referentes à execução de tarefas de apoio administrativo relacionadas à gestão de recursos humanos, materiais e patrimoniais; contabilidade e finanças públicas; auditoria e controle interno; serviços de precatórios; segurança e transporte; zeladoria, protocolo, atendimento às partes, expedição e recebimento de documentos; almoxarifado, aquisição de materiais e serviços; operação de sistemas informatizados; suporte técnico às unidades organizacionais, bem como àquelas

vinculadas às funções de motorista, vigia, técnico em manutenção, técnico em contabilidade ou telefonia, similares e outras tarefas correlatas.

Percebe-se que, independente da mudança na nomenclatura, permanece de clareza cristalina a natureza técnica das funções exercidas pelos atuais Técnicos Judiciários.

Assim, em face da atribuição técnica do cargo e da compatibilidade de horários, imperioso conferir-se status técnico-científico à função de Técnico Judiciário, possibilitando-se sua acumulabilidade com o cargo de Professor, com o fito de confirmar a segurança concedida em primeiro grau.

Necessário se faz, contudo, modificar o julgado, para que ali figure os atuais nível e nomenclatura do cargo em análise.

Ante o exposto, à luz da legislação, doutrina e jurisprudência colacionadas, conhecimento da apelação cível interposta e da remessa oficial, mas para NEGAR-LHES SEGUIMENTO, confirmando a sentença proferida pelo d. Magistrado de primeiro grau, apenas para modificá-la no tocante à nova denominação do cargo em exame, para Técnico Judiciário, e o reconhecimento do direito da impetrante de, mesmo considerando o cargo de nível médio, possa acumulá-lo com o de Professora.

É como voto.

Fortaleza, 28 de abril de 2015.

PROCESSO Nº 0098173-39.2008.8.06.0001

RECURSO APELATÓRIO DA COMARCA DE FORTALEZA

APELANTES: KÁTIA HERLANE NEPOMUCENO RAMOS e OUTROS

APELADO: ESTADO DO CEARÁ

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. VANTAGENS PESSOAIS OU DE QUALQUER OUTRA NATUREZA. INCLUSÃO NO CÔMPUTO PARA FIXAÇÃO DO TETO REMUNERATÓRIO APÓS AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS NºS 19/98 E 41/2003. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. IRREDUTIBILIDADE VENCIMENTAL. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DECESSOREMUNERATÓRIO ANTERIOR À NORMATIZAÇÃO ADVINDA COM A EC Nº 41/2003. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O núcleo da questão em destreame cinge-se em definir se as vantagens pessoais, ou de qualquer outra natureza, que compõem a remuneração dos autores, devem ser consideradas para a limitação do teto remuneratório dos servidores públicos, em face da garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração e o alegado direito adquirido.

2. No atual regime, instituído pela EC nº 41/2003, as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza passaram, definitivamente, a integrar o montante da remuneração para o

cálculo do teto constitucional. Assim sendo, devem ser consideradas (vantagens), também, no cálculo para a definição do teto remuneratório dos auditores fiscais da receita estadual.

3. Precedentes deste Tribunal de Justiça.

4. Todavia, inobstante a inexistência de direito adquirido a regime anterior de remuneração do servidor público, é de se destacar a intangibilidade do princípio da irredutibilidade dos vencimentos enquanto garantia constitucional, que, no entanto, somente poderá ser salvaguardada, a exemplo do que se sucedeu no paradigmático MS nº 24.875/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, se, comprovadamente, percebiam os interessados, à época da vigência da EC nº 41/2003, remuneração que superasse o teto por ela estabelecido.

5. No caso, contudo, inexistente nos autos comprovação que, anteriormente à fixação do subteto a partir da EC nº 41/2003, percebiam remuneração que o superasse. Assim, em razão da possibilidade da remuneração dos requerentes ultrapassar o referido subteto a eles aplicável, sob a égide da EC nº 41/2003, é que deve ser abatido o excesso reconhecido.

6. Recurso Apelatório CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por KÁTIA HERLANE NEPOMUCENO RAMOS e OUTROS, contra sentença proferida pelo juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza, fls. 67/70, que, nos autos da Ação Ordinária intentada contra o ESTADO DO CEARÁ, julgou improcedente o pedido autoral, que pugnava pela aplicação do teto remuneratório dos valores percebidos pelos requerentes, àquele correspondente ao subsídio do cargo de Governador do Estado, a partir da edição da EC nº 41/2003, “eis que não mais subsiste impedimento à inclusão das vantagens de natureza pessoal, excluindo-se tão somente aquelas de caráter indenizatório, sendo que estas não restaram expressamente identificadas pelos autores no bojo do caderno processual.” Condenou os apelantes, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada postulante, com fundamento no art. 20, *caput* e § 4º, do CPC.

Em suas razões recursais, fls. 73/86, afirmam os promoventes, que as vantagens de natureza pessoal e indenizatória, não podem ser computadas para o efeito do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, considerando que são Auditores da Fazenda Estadual, ingressando no serviço público antes das Emendas Constitucionais nºs 19/98 e 41/2003. Assim, tais vantagens somente passaram a integrar o cômputo do teto remuneratório a partir das referidas emendas à Constituição. Nesses termos, asseveram que possuem direito adquirido às vantagens pessoais e indenizatórias fora do cômputo do teto remuneratório (art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna), invocando a inconstitucionalidade do art. 37, XI, da CF/88. Transcrevem doutrina e jurisprudência em defesa de suas teses, pugnando, por fim, pela procedência do recurso, com a consequente reforma da sentença.

Petição do escritório de advocacia que representa os autores de fls. 89/90, substabelecendo seus poderes e postulando a ressalva dos honorários advocatícios, na ordem de 14% (quatorze por cento), sobre o eventual crédito da ação.

Contrarrazões, fls. 102/111, afirmando inexistir direito adquirido relativamente à incidência de limitação de remuneração de servidores públicos, razão pela qual as denominadas vantagens pessoais percebidas pelos apelantes deverão integrar o cômputo do teto constitucional remuneratório, exigência esta que sobreveio com a EC nº 19/98, repetida pela EC nº 41/2003, atualmente vigente, requerendo a manutenção da sentença em todos os seus termos.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às fls. 123/127, informando não possuir interesse na lide.

É o que importa relatar.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

O apelo é tempestivo e está corretamente preparado. Presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

O núcleo da questão em destreame cinge-se em definir se as vantagens pessoais, ou de qualquer outra natureza, que compõem a remuneração dos autores, devem ser consideradas para a limitação do teto remuneratório dos servidores públicos, em face da garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração e do alegado direito adquirido, realçados nas peças de defesa da presente ação.

As Emendas Constitucionais nºs 19/98 e 41/2003 determinaram, para o cômputo do teto remuneratório no serviço público, a inclusão das vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, além dos vencimentos ou subsídios dos servidores públicos (art. 37, inciso XI, da Constituição Federal). A diferença entre ambas (as emendas) é que a tentativa de implantação do sistema de subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que serviria como teto nacional da remuneração do serviço público na vigência da redação dada pela EC nº 19/98, frustrou-se pela quádrupla iniciativa legislativa (art. 48, inciso XV, da Carta Magna).

Eis a redação do inciso XI, do art. 37, da CF/88, alterado pelas sucessivas emendas:

Art. 37 [...]

XI - a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito; (REDAÇÃO ORIGINAL)

Art. 37 [...]

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; (REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19, DE 1998)

Art. 37 [...]

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito

do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41, DE 2003).

Em virtude da ausência da lei limitadora de iniciativa quadripartite, continuaram a prevalecer, mesmo durante a vigência da EC nº 19/98, os tetos remuneratórios estabelecidos, individualmente, para cada um dos Poderes da República, nos moldes da redação originária do inciso XI, do art. 37, da Carta Magna, excluídas, pois, as vantagens pessoais.

Assim foi estabelecido no julgamento da ADI nº 2.075-MC, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 27/06/2003, *in verbis*:

O NOVO TETO REMUNERATÓRIO, FUNDADO NA EC 19/98, SOMENTE LIMITARÁ A REMUNERAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS DEPOIS DE EDITADA A LEI QUE INSTITUIR O SUBSÍDIO DEVIDO AOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- Enquanto não sobrevier a lei formal, de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 48, XV), destinada a fixar o subsídio devido aos Ministros da Suprema Corte, continuarão a prevalecer os tetos remuneratórios estabelecidos, individualmente, para cada um dos Poderes da República (CF, art. 37, XI, na redação anterior à promulgação da EC 19/98), excluídas, em consequência, de tais limitações, as vantagens de caráter pessoal (RTJ 173/662), prevalecendo, desse modo, a doutrina consagrada no julgamento da ADI 14/DF (RTJ 130/475), até que seja instituído o valor do subsídio.

- Não se revela aplicável, desde logo, em virtude da ausência da lei formal a que se refere o art. 48, XV, da Constituição da República, a norma inscrita no art. 29 da EC 19/98, pois a imediata adequação ao novo teto depende, essencialmente, da fixação do subsídio devido aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

No atual regime, contudo, instituído pela EC nº 41/2003, as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza passaram, definitivamente, a integrar o montante da remuneração para o cálculo do teto constitucional, contribuindo, para tanto, a alteração da redação do supracitado art. 48, inciso XV, da CF/88, pela mesma emenda à Constituição, que atribuiu unicamente ao Congresso Nacional fixar o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, afastada a iniciativa quadripartite.

A tese encontra respaldo no arcabouço jurisprudencial do STF:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TETO REMUNERATÓRIO. EC 41/03. VANTAGENS PESSOAIS. INCLUSÃO.

1. As vantagens pessoais incluem-se no cálculo do teto remuneratório, como dispõe o artigo 37, XI, da Constituição do Brasil, com a redação que lhe foi conferida pela EC 41/03.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE-AgR 477.447/MG, Rel. Min. Eros Grau, DJU 24.10.2006).

“TETO REMUNERATÓRIO. EXCLUSÃO DAS VANTAGENS PESSOAIS. PERÍODO ANTERIOR À NORMA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/03. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

A jurisprudência do Supremo Tribunal é no sentido de que, no período anterior à Emenda Constitucional n. 41/03, as vantagens pessoais estavam excluídas do teto remuneratório.”

(RE-AgR 483.097/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJU 17.10.2006.).

O entendimento do STJ não discrepa do Pretório Excelso:

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR. REMUNERAÇÃO EM QUE INCLUÍDAS VERBAS DE CARÁTER PESSOAL. OBEDIÊNCIA AO TETO REMUNERATÓRIO DO ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

IRRELEVÂNCIA DO NOME ATRIBUÍDO À PARCELA REMUNERATÓRIA PELA LEGISLAÇÃO ESTADUAL ANTE SUA REAL NATUREZA JURÍDICA.

1. A jurisprudência do STJ, há muito, pacificou o entendimento de que a parcela remuneratória referente às vantagens de caráter pessoal também está sujeita ao teto remuneratório constitucional previsto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003. Precedentes: AgRg no REsp 1188141/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/04/2011; RMS 33.376/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/04/2011; AgRg no RMS 32.790/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Dje 16/03/2011. 2. Recurso ordinário não provido.” (RMS 33.552/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 27.5.2011).

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. VANTAGENS PESSOAIS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO TETO REMUNERATÓRIO ESTABELECIDO PELA EC 41/2003.

1. Esta Turma, no julgamento do AgRg no RMS 24.732/DF (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 31.8.2009), decidiu que, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 41/03, que deu nova redação ao art. 37, XI, da Constituição da República, eliminou-se o impedimento à inclusão de vantagens de qualquer natureza, no cômputo da remuneração para fins de cálculo de teto salarial. Precedentes.

2. Por ser vedada a inovação da causa de pedir na instância recursal, não se conhece do recurso ordinário no ponto em que o recorrente requer seja estabelecida, como limite temporal para incidência do teto remuneratório, a data de início da vigência da Lei estadual n. 5.001/07.

3. Não procede o pedido para que sejam afastadas do teto remuneratório as parcelas alegadamente de caráter indenizatório. O Tribunal de origem consignou que, nos termos do contracheque acostado aos autos, os proventos do impetrante são compostos por vencimentos, triênios, gratificação de produtividade fiscal e abono de permanência. Portanto, decidiu com acerto a Corte Estadual, ao entender que todas as referidas parcelas possuem caráter remuneratório, não se lhes aplicando o §

11 do art. 37 da Constituição da República, incluído pela Emenda Constitucional n. 47/05.

4. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.”

(RMS 32.258/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 12.11.2010).

Assume relevo, entretantes, o fato de que o STF declarou a constitucionalidade do art. 37, inciso XI, da CF/88, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.875/DF, de relatoria do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Naquela oportunidade, foi reconhecida a intangibilidade da garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos aos ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal, sendo-lhes assegurada a percepção de valores acima do teto constitucional, até que seus montantes fossem absorvidos pelo subsídio fixado em lei para os ministros em atividade. O acórdão restou assim ementado, no que interessa:

“ [...]

V. Magistrados: acréscimo de 20% sobre os proventos da aposentadoria (art. 184, III da L. 1.711/52, c/c o art. 250 da L. 8.112/90) e o teto constitucional após a EC 41/2003: garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos: intangibilidade.

1. Não obstante cuidar-se de vantagem que não substantiva direito adquirido de estrutura constitucional, razão por que, após a EC 41/2003, não seria possível assegurar sua percepção indefinida no tempo, fora ou além do teto a todos submetido, aos impetrantes, porque magistrados, a Constituição assegurou diretamente o direito à irredutibilidade de vencimentos – modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais mesmas.

2. Ainda que, em tese, se considerasse suscetível de sofrer dispensa específica pelo poder de reforma constitucional, haveria de reclamar para tanto norma expressa e inequívoca, a que não se presta o art. 9º da EC 41/2003, pois o art. 17 do ADCT, a que se reporta, é norma referida ao momento inicial de vigência da Constituição de 1988, no qual incidiu e, neste momento, pelo fato mesmo de incidir, teve extinta

a sua eficácia; de qualquer sorte, é mais que duvidosa a sua compatibilidade com a “cláusula pétrea” de indenidade dos direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição de 1988, recebida como ato constituinte originário.

3. Os impetrantes – sob o pálio da garantia da irredutibilidade de vencimentos –, têm direito a continuar percebendo o acréscimo de 20% sobre os proventos, até que seu montante seja absorvido pelo subsídio fixado em lei para o Ministro do Supremo Tribunal Federal.”

Vale dizer, o princípio da irredutibilidade de vencimentos é garantia constitucional que se aplica a todos os servidores públicos. Nas palavras do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE é *“modalidade qualificada de direito adquirido e, de qualquer sorte, conteúdo de normas constitucionais específicas, no que toca à magistratura, repisando textos constitucionais anteriores, que a Lei Fundamental vigente estendeu a todos os servidores públicos.”*

Destarte, inobstante a inexistência de direito adquirido a regime anterior de remuneração do servidor público (cf. AR 1785 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe 18/11/2013; ARE 766911 AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 28/10/2013; ARE 672401 AgR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe 18/09/2013), é de se destacar a intangibilidade do princípio da irredutibilidade dos vencimentos enquanto garantia constitucional. Na linha do entendimento delineado no julgamento do citado Mandado de Segurança nº 24.875/DF, a irredutibilidade de vencimentos é garantia fundamental e, enquanto tal, inelidível por emenda à Constituição.

Acontece, que a festejada irredutibilidade somente poderá ser salvaguardada, a exemplo do que se sucedeu no Mandado de Segurança nº 24.875/DF, se, comprovadamente, percebiam os requerentes, à época da vigência da EC nº 41/2003, remuneração que superasse o teto por ela estabelecido. Nesse sentido: ARE 730748 AgR/SP, Rel. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 27/11/2013; AR 1785 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe 18/11/2013; MS 27565, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 22/11/2011.

No caso, contudo, os autores não comprovaram que, anteriormente à fixação do subteto a partir da EC nº 41/2003, percebiam remuneração que o superasse. Efetivamente, os documentos que instruem a presente ação remontam às remunerações auferidas no ano de 2007, portanto, após a vigência da EC nº 41/2003, quando foi estabelecido como teto (geral) o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, tendo como limite subtetos fixados em cada esfera de Poder das unidades federativas (art. 37, XI, da CF/88). Na espécie, o subteto a ser observado é o subsídio mensal do Governador do Estado (fls. 20, 23, 25, 28 e 31).

Como referido alhures, o atual regime instituído pela EC nº 41/2003 fez incluir, definitivamente, para o cálculo do teto remuneratório, todas as vantagens pessoais ou de qualquer natureza percebidas pelos servidores públicos. Assim sendo, devem ser consideradas (vantagens), também, no cálculo para a definição do teto remuneratório dos auditores fiscais da receita estadual.

Nesse sentido, tem decidido reiteradamente este Tribunal de Justiça, conforme os seguintes arestos jurisprudenciais:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SEVIDOR PÚBLICO TETO REMUNERATÓRIO. PODER EXECUTIVO ESTADUAL. SUBSÍDIO DO GOVERNADOR DO ESTADO. PRÊMIO POR DESEMPENHO FISCAL. INCLUSÃO NO CÁLCULO. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA NO PARTICULAR. APLICAÇÃO DO INCISO XI, DO ARTIGO 37, COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003 À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 C/C ART. 17, DO ADCT, EM SUA REDAÇÃO ORIGINÁRIA. - Após o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, publicada em 19.12.2003, a questão restou solucionada em termos normativos: a partir desta data os vencimentos, subsídios, vantagens pessoais ou quaisquer espécies remuneratórias devem figurar no cômputo da remuneração do servidor para fins de cálculo de teto salarial. - Precedentes: STF, RE 511674/MG, Min. Eros Grau, DJ de 27.02.2007, p. 83; RE 505133/MG, Min. Cármen Lúcia, DJ de 21.11.2006, p. 130; RE 486180/MG, Min. Eros Grau, DJ de 23.11.2006, p. 92.; STJ, RMS 3804/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza

de Assis Moura, DJ de 30.10.2006; RMS 17.389/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, DJ de 18.9.2006. Segurança denegada.”

(Mandado de Segurança nº 23729-72.2007.8.06.0000/0, Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, Tribunal Pleno, Registrado em 12/07/2010).

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVENTOS. PENSÕES. PRÊMIO POR DESEMPENHO FISCAL. TETO REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA.

O art. 37, XI da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, prescreve que não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Governadores, no âmbito do Poder Executivo, a remuneração, os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não. Os ditames do Mandado de Segurança nº 24.875/DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à exclusão de vantagens pessoais, somente são aplicáveis aos magistrados que o impetraram, em razão de serem os mesmos beneficiários da ultra-atividade do art. 184 da Lei 1.711/52. Ordem denegada.”

(Mandado de Segurança nº 13008-95.2006.8.06.0000/0, Rel. Des. José Arísio Lopes da Costa, DJ. 19.02.2009).

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS. AUTORIDADE IMPETRADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PODER EXECUTIVO. TETO REMUNERATÓRIO. SUBSÍDIO DO GOVERNADOR. LEI ESTADUAL Nº 13.627/05. PRÊMIO POR DESEMPENHO FISCAL. INCLUSÃO. APLICAÇÃO DO INCISO XI, DO ARTIGO 37, COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003 À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 C/C ART. 17, DO ADCT. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES.

1. Ilegítima a indicação do Superintendente do IPEC em virtude da previdência estadual ter passado a ser administrada pelos Secretários da Fazenda e da Administração, nos termos da Emenda Constitucional nº 52/2003, embora após a edição da Lei Complementar nº 62, de 14 de fevereiro de 2007, tal atribuição tenha passado a ser desempenhada pelo

- Secretário de Planejamento e Gestão do Estado do Ceará.
2. Não existe direito adquirido à irredutibilidade de vencimentos se a remuneração do servidor ultrapassa o teto remuneratório implementado em conformidade com a regra contida nas EC nº 41/03 à Constituição Federal e EC 56/2004 à Constituição do Estado do Ceará, segundo o princípio da supremacia constitucional, corroborado pelo art. 17 do ADCT.
3. No caso em apreço, verifica-se que em razão da Lei Estadual nº 13.627, de 19 de julho de 2005, ter fixado o valor do subsídio do Governador em R\$ 9.691,61 (nove mil seiscentos e noventa e um reais e sessenta e um centavos), o que ultrapassar esse quantum deverá ser abatido dos vencimentos/proventos do servidor público estadual.
4. As vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, a exemplo do Prêmio por Desempenho Fiscal - PDF, passaram a integrar o montante da remuneração para fins do cálculo dos vencimentos, conforme o art. 9º da EC 41/03, que constitui norma auto aplicável, incidindo imediatamente após a sua publicação, prescindindo de lei específica para regulamentá-la.
5. Precedentes desta Corte e dos Tribunais Superiores.
6. Segurança denegada.”
- (Mandado de Segurança nº 2006.0018.2335-3/0, Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides de Moraes, DJ. 02/04/2009).

Frente a tais considerações, à míngua de comprovação de que os interessados auferiam rendimentos superiores ao subteto estabelecido após a normatização instituída pela EC nº 41/2003, impõe-se o indeferimento do pleito autoral, ante a inexistência de direito adquirido a regime jurídico remuneratório.

Ante o exposto, CONHEÇO do Recurso Apelatório, para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo a sentença em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 1 de fevereiro de 2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

PROCESSO: 0625462-77.2014.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
AGRAVADO: SINDICATO DAS EMPRESAS DE GARAGENS,
ESTACIONAMENTOS E DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO DE
VEÍCULOS DO ESTADO DO CEARÁ - SINDEPARK
RELATOR: DES. TEODORO SILVA SANTOS

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE FORTALEZA (fls.01/17, e-SAJ) em face de decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza (fls.126/134, e-SAJ), o qual deferiu liminar suspendendo os efeitos do artigo 1º, parágrafos segundo, terceiro e quarto da Lei Municipal nº 10.184/2014, nos autos da ação declaratória com pedido incidental de inconstitucionalidade de lei promovida pelo SINDICATO DAS EMPRESAS DE GARAGENS, ESTACIONAMENTOS E DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO DE VEÍCULOS DO ESTADO DO CEARÁ – SINDEPARK/CE, nos termos assim transcritos:

(...) Diante do exposto, DEFIRO o pedido de antecipação de tutela, face a evidência dos requisitos autorizadores para sua concessão, para, no exercício de controle difuso de constitucionalidade, suspender os efeitos do artigo 1º, parágrafos segundo, terceiro e quarto, da Lei Municipal vergastada nesta ação e, por consequência, determinar que o promovido se abstenha da prática de quaisquer atos ou condutas decorrentes do preceituado na respectiva lei até ulterior deliberação, sob pena de aplicação de multa diária no valor de 10.000,00 (dez mil reais). (...)

Em razões recursais, o MUNICÍPIO DE FORTALEZA alegou que a Lei Municipal nº 10.184/2014 não viola o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal sob o fundamento de que, apesar de o mencionado dispositivo constitucional veicular as competências legislativas privativas da União, resta limitado, mas não excluído, para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarem no sentido de aperfeiçoarem essas

matérias. Requereu a antecipação da tutela recursal e, ao fim, o provimento do presente recurso, a fim de que o MUNICÍPIO DE FORTALEZA possa cumprir e fazer cumprir a Lei Municipal nº 10.184/2014.

Devidamente intimado, o SINDEPARK/CE apresentou contraminuta recursal, refutando os argumentos trazidos pelo MUNICÍPIO DE FORTALEZA e requerendo, ao fim, a manutenção da decisão liminar proferida em primeira instância (fls.149/179, e-SAJ).

Em parecer, o Ministério Público do Estado do Ceará opinou pelo retorno dos autos a este Egrégio Tribunal de Justiça e reservou-se à manifestação meritória após a apreciação do pleito de suspensividade do presente Agravo.

Eis o relatório. Analisa-se o pedido de suspensividade.

Em juízo inicial, conhece-se do presente recurso, eis que interposto tempestivamente e presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

A controvérsia do presente Agravo de Instrumento consiste validade da Lei Municipal nº 10.184/2014, a qual disciplina a cobrança de tarifa fracionada de estacionamento proporcional ao tempo de guarda do veículo.

O Juízo *a quo* declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos parágrafos segundo, terceiro e quarto da mencionada lei, suspendo os efeitos destes dispositivos até ulterior deliberação. O fundamento adotado em primeira instância consistiu na violação ao princípios da livre iniciativa e do direito de propriedade, em suposta violação ao artigo 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988, o qual preceitua ser de competência privativa da União legislar sobre Direito Civil.

Em que pese as razões apresentadas pelo autor/agravado e pelo Juízo de primeira instância, a Lei Municipal nº 10.184/2014 atende aos princípios da função social da propriedade, de modo que não há restrição ao direito de propriedade quando o ente municipal regula a cobrança fracionada de estacionamento proporcional ao tempo em que o veículo fica sob a vigilância das empresas de estacionamento. No caso, a lei atendeu aos interesses e as peculiaridades locais e ao Direito do Consumidor. Neste sentido, seguem precedentes de outros Tribunais, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. **LEI MUNICIPAL QUE INSTITUI A COBRANÇA FRACIONADA EM ESTACIONAMENTOS PARTICULARES. ASSUNTO DE INTERESSE LOCAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 30, INC. I. LEI MUNICIPAL QUE NÃO RESTRINGE O DIREITO DE PROPRIEDADE MAS REGULAMENTA O FUNCIONAMENTO DE ESTACIONAMENTO, ATENDIDAS AS PECULIARIDADES LOCAIS E O DIREITO DO CONSUMIDOR.** VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA. INOCORRÊNCIA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 170, *CAPUT*. ORDEM DENEGADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

(Processo: MS 20120094918 SC 2012.009491-8; Relator(a): Nelson Schaefer Martins; Julgamento: 20/08/2012; Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público Julgado; Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Parte(s): Apelante: Estacionamento Itajaí Shopping Ltda ME; Advogados: Jefferson Comeli (038.612/PR) e outros; Apelado: Município de Itajaí; Advogados: Salésio Pedrini (20475/SC) e outro; Interessado: Procuradoria de Defesa do Consumidor de Itajaí PROCON

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI MUNICIPAL N. 1.752/13. **DISCIPLINA A COBRANÇA DE TARIFA DE ESTACIONAMENTO PROPORCIONAL AO TEMPO DE GUARDA DO VEÍCULO.** ALEGADA INCOMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO DE PROPRIEDADE (DIREITO CIVIL). FEDERALISMO COOPERATIVO. MODELO DE ESTADO INTERVENCIONISTA. **PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DO CONTRATO.** SUPLEMENTAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS*. CAUTELAR NEGADA.

1.A Lei Municipal n. 1.752/13 disciplina a cobrança de tarifa de estacionamento proporcional ao tempo de guarda do veículo. 2.Pedido de Medida Cautelar visando suspender a Lei até o julgamento do mérito da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade. Atendimento do requisito de interesse local para legitimar a elaboração

da norma impugnada. **3. A conjugação das previsões da Constituição Amazonense segundo as quais: (i) deve o Município intervir na economia como agente regulador (art. 163); (ii) o Município goza de competência legislativa suplementar à federal (art. 125, I e II) e; (iii) que o direito de propriedade deve ser exercitado em sintonia com a sua função social (art. 138) militam em favor, a priori, da constitucionalidade da norma hostilizada.** 4.Repise-se que os prestadores de serviço seguem desfrutando do direito de cobrar o quanto entenderem cabível pela utilidade que disponibilizam, todavia, em um Estado Constitucional de Direito o céu não é o limite. 5.Nos estreitos limites da cognição vigente nesta etapa não sobressai fundamento suficiente para satisfazer o requisito do *fumus boni iuris*, prejudicando, assim, a concessão da Medida Cautelar. 6.Medida Cautelar negada. (Processo: ADI 40025713420138040000 AM 4002571-34.2013.8.04.0000; Relator(a): Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura; Julgamento: 26/11/2013; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Tribunal de Justiça do Amazonas; Publicação: 02/12/2013)

Veja-se que a norma simplesmente fixa uma regra de proporcionalidade entre o tempo de guarda do veículo e o valor respectivamente cobrado por tal prestação, não havendo que se cogitar contrariedade ao direito de propriedade.

A norma guarda sintonia com os princípios da função social do contrato e da propriedade, a teor do artigo 5º, XXIII, da Constituição da República.

É imprescindível recordar que a Carta Magna de 1988 estabeleceu um modelo de Estado intervencionista, consoante bem anota o mestre Dirley da Cunha Júnior ao se debruçar sobre o Título VII da Lei Fundamental:

De efeito, malgrado tenha a Constituição de 1988 consagrado uma economia de livre mercado, de natureza capitalista – porque instrumentalizou uma ordem econômica apoiada na apropriação privada dos meios de produção e na livre iniciativa econômica privada –, instituiu ela numerosos princípios limitando e condicionando

o processo econômico, no intuito de direcioná-lo a proporcionar o bem-estar social ou melhoria da qualidade de vida. O primeiro – e de todos o mais importante - ,em direção ao qual todos os demais princípios se encaminham e se encontram, está consubstanciado como o próprio fim da ordem econômica: assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

(...)

Como modo de garantir uma ordem econômica que assegure a todos existência digna e a efetividade dos princípios da atividade econômica, a Constituição consagrou entre nós um modelo de Estado intervencionista, capacitando-o a intervir na ordem econômica sempre que necessário ao bemestar social e à concretização daqueles valores. (Curso de direito constitucional. 5ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 1221/1222).

Especificamente sobre a possibilidade de intervenção indireta, explica o professor baiano:

A intervenção indireta tem base no art. 174 da Constituição e é a regra no modelo de Estado intervencionista. Na intervenção indireta o Estado atua, não como agente econômico, mas sim como agente normativo e regulador da atividade econômica. Ele não é partícipe do jogo econômico, mas o árbitro desse jogo. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, podendo, inclusive, reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Nesse caso, o Estado está autorizado a regular a política de preços e bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. A lei deverá estabelecer as diretrizes e bases do planejamento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

(Curso de direito constitucional. 5ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 1223/1224).

Extraí-se deste panorama que ao incluir o fator proporcionalidade no cálculo da cobrança de um determinado serviço prestado por particulares ao público, a Lei vergastada não impôs irregular limitação ao direito de propriedade. Repise-se que os prestadores de serviço seguem desfrutando do direito de cobrar o quanto entenderem cabível pela utilidade que disponibilizam, todavia, em um Estado Constitucional de Direito deve sempre haver proporcionalidade.

Noutro giro, considerando que a Lei Municipal claramente visa responder a uma dada realidade local, soa razoável a tese de que sua confecção resta autorizada pelo artigo 28, I e II, da Constituição do Estado do Ceará, no qual se lê:

Art. 28. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e estadual, no que couber;

Ora, se o normativo hostilizado apenas suplementou a legislação federal consumerista à luz de situações observadas na conjuntura local que demandaram a intervenção do Poder Público para fazer respeitar preceitos constitucionais, parece impossível a conclusão de inconstitucionalidade.

Causa até certa estranheza pensar que a instituição da cobrança fracionada seja reservada à lei nacional, pois não haveria a necessidade do Congresso Nacional dedicar um artigo do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor para afirmar que os estacionamentos não estão imunes aos princípios da proporcionalidade, da função social do contrato e da propriedade, de forma que lhes é vedado cobrar daquele que lhes confia a guarda de um veículo por 45 (quarenta e cinco) minutos o mesmo valor cobrado de quem o faz por 5 (cinco) horas.

Assim, com base em um juízo perfunctório, característico da prestação judicial em sede de Agravo de Instrumento, deve prevalecer o entendimento de que a Lei Municipal nº 10.184/2014 não viola a competência legislativa privativa da União em matéria de Direito Civil, sob o fundamento de que o mencionado diploma legal regula questão de interesse local, levando em conta o princípio da função social da

propriedade privada, tendo em vista que a lei sob análise impede a cobrança desproporcional de tarifa estacionamento privado.

Neste sentido, seguem precedentes do Supremo Tribunal Federal que demonstram que certas intervenções no domínio econômico são matérias de interesse local, o que legitima a atuação legislativa dos municípios, conforme o artigo 30, inciso I, da Constituição Federal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIÇOS BANCÁRIOS. MUNICÍPIOS. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA.

Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os Municípios possuem competência para legislar sobre assuntos de interesse local, tais como medidas que propiciem segurança, conforto e rapidez aos usuários de serviços bancários. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 768666 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2014 PUBLIC 03-02-2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.DIREITO ADMINISTRATIVO ATENDIMENTO BANCÁRIO. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE ASSUNTO DE INTERESSE LOCAL. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL NO RE 610.221-RG PARA RATIFICAR A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. TEMA 272 DA GESTÃO POR TEMAS.

1. Os municípios têm competência para regulamentar o atendimento ao público em instituições bancárias, uma vez que se trata de matéria de interesse local. 2. A repercussão geral da matéria foi reconhecida pelo Plenário da Corte, que na oportunidade ratificou a jurisprudência do Tribunal sobre o tema. Precedente: RE n. 610.221-RG, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 20.8.2010. 3. In casu, o acórdão recorrido assentou: "INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – FILA DE BANCO – DEMORA NO ATENDIMENTO PELA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA – PERMANÊNCIA COMPRO-VADA POR PRAZO SUPERIOR A 45 (QUARENTA E CINCO) MINUTOS

– AUSÊNCIA DE EVIDÊNCIA EM SENTIDO CONTRÁRIO – CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL 4.069/01 – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – VALOR DA INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS." 4. Agravo regimental não provido.

(ARE 715138 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 18-02-2013 PUBLIC 19-02-2013)

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. **DEFINIÇÃO DO TEMPO MÁXIMO DE ESPERA EM FILAS DE INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. COMPETÊNCIA MUNICIPAL. INTERESSE LOCAL.** EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL PROCLAMADA PELO PLENÁRIO DO STF. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NA ORIGEM POSTERIOR A 03.5.2007.

No julgamento do RE 610.221-RG/SC, o Plenário do Supremo Tribunal Federal proclamou a existência de repercussão geral da questão relativa à competência dos municípios para legislar sobre o tempo máximo de espera em filas de instituições bancárias. Decisão de mérito transitada em julgado em 28.10.2010. Acórdão do Tribunal de origem publicado após 03.5.2007, data da publicação da Emenda Regimental 21/2007, que alterou o RISTF para adequá-lo à sistemática da repercussão geral (Lei 11.418/2006). Agravo regimental conhecido e não provido. (AI 746511 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012)

Ressalte-se que os precedentes transcritos podem ser aplicados analogamente ao presente caso, em razão de se tratar de situações em que o ente municipal regula o funcionamento de entidade privada, assim como a presente lide.

Ademais, os precedentes do STF colacionados pela parte agravada, relatam situações em que a Lei impugnada veda a cobrança por serviços de estacionamentos em locais privados, diferente do caso em

análise onde a Lei Municipal nº 10.184/2014 apenas estabelece limites proporcionais para a cobrança do serviço.

Desta forma, presentes estão os requisitos autorizadores de concessão de medida liminar em sede recursal, quais sejam o fundado receio de dano irreparável ou difícil reparação e a verossimilhança das alegações, nos termos dos artigos 273 e 527, inciso III, ambos do Código de Processo Civil.

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação consiste no fato de o Poder Público Municipal não poder fiscalizar o possível cumprimento da Lei Municipal nº 10.184/2014 pelo representados do sindicato agravado.

Ao seu turno, a verossimilhança das alegações consiste no fato de se tratar de matéria de interesse local a cobrança da tarifa de estacionamento privado proporcional ao tempo em que os veículos ficam sob vigilância da empresa, ensejando a regulação legislativa do ente municipal, nos termos dos precedentes transcritos.

Diante do exposto, em função da presença dos requisitos ensejadores da antecipação da tutela recursal, DEFERE-SE a medida liminar requerida pelo MUNICÍPIO DE FORTALEZA, a fim de restaurar a eficácia dos parágrafos segundo, terceiro e quarto da Lei Municipal nº 10.184/2014 até ulterior deliberação judicial desta 5ª Câmara Cível.

Em razão de se tratar de demanda em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide, remetam-se os autos à Procuradoria Geral de Justiça para a elaboração de parecer, nos termos do artigo 81, inciso III do Código de Processo Civil.

Publique-se e intime-se.

Expedientes necessários.

Fortaleza, 19 de dezembro de 2014.

PROCESSO: 0032332-27.2013.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: FRANCISCO ALESSANDRO DAVID DE ARAÚJO
AGRAVADO: CLÁUDIA ROSANI PIRES DOS SANTOS BENAZZI
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. VENDA DO VEÍCULO. INSERÇÃO DE CLÁUSULA NO RECIBO. ALEGATIVA DE FRAUDE. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO AGENTE FINANCEIRO. VENDA *A NON DOMINO*. SUSPENSÃO DA ORDEM DE BUSCA E APREENSÃO. DEVER DE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO POR PARTE DA AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Tem-se na espécie que a autora, ora agravada, realizou a venda ao recorrente de um veículo que, resumidamente, adquiriu anteriormente mediante contrato de financiamento com alienação fiduciária. O adquirente, a seu turno, teria se comprometido ao pagamento do “ágio” e das prestações vincendas dos financiamentos incidentes sobre o bem.

2. O recorrente, a seu turno, promove a juntada do recibo que comprovaria a realização de uma fraude por parte da autora, por meio da inserção de uma cláusula manuscrita com caneta esferográfica azul, em que foi acrescentada obrigação que originariamente não possuía.

3. A transferência da responsabilidade pelo pagamento das prestações somente seria possível com a expressa anuência do agente financeiro (credor fiduciário), o que, ao que dos autos

consta até o presente instante, não ocorreu.

4. A autora/agravada promoveu a venda do que sequer era de sua titularidade, caracterizando-se, ao que tudo indica, o que, na doutrina e na jurisprudência, chama-se de venda *a non domino*.

5. A pretensão recursal perseguida no presente agravo deve ser deferida em parte, na extensão de suspender a ordem de busca e apreensão até que a autora/agravada preste caução idônea, depositando o respectivo valor no juízo de origem, ou prestando caução real.

6. Recurso conhecido e parcialmente provido.

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 agravo de instrumento nº. 0032332-27.2013.8.06.0000, tudo nos termos do voto da Des. Relatora.

Fortaleza, 18 de março de 2015

RELATÓRIO

Cogita-se de agravo de instrumento interposto por Francisco Alessandro David de Araújo em face de Cláudia Rosani Pires dos Santos Benazzi impugnando decisão que deferiu medida de busca e apreensão em favor da autora.

Em sua minuta (fls. 04/11), o agravante sustenta que comprou o veículo da autora por meio do pagamento de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais) e que não se comprometeu a pagar parcelas de financiamento contraído pela autora, eis que sequer sabia que o carro estava alienado fiduciariamente. Alega, neste sentido, que a autora inseriu fraudulentamente uma cláusula neste sentido no recibo de fl. 24. Basicamente por tais razões sustenta que cumpriu com sua obrigação e

que sua posse é legítima, não se justificando o deferimento da busca e apreensão.

Ao término, roga pelo deferimento do efeito suspensivo, para que ao final seja reformada em definitivo a liminar deferida pelo Juízo *a quo*.

Documentos às fls. 14/39.

Em petição extemporânea, a parte agravada manifesta-se às fls. 46/48, antes mesmo de ser efetivada a intimação para tanto,

Através de decisão interlocutória de fls. 49/53, deferi parcialmente a súplica liminar de modo a suspender a ordem de busca e apreensão, até que a parte agravada preste caução idônea no valor de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais).

Devidamente intimados do feito, ambos litigantes deixaram transcorrer o prazo legal sem nada apresentarem ou requererem nos autos, cf. fl. 58 dos autos.

Em conclusão, pleiteia o improvimento do presente recurso, mantendo-se inalterada a decisão vergastada.

À fl. 60 foi determinada a reiteração de expediente administrativo, com o escopo de requisitar informações ao Juízo *a quo* sob o desenvolvimento processual, a efetivação da prestação da caução e o recolhimento do mandado de busca e apreensão, no prazo de 10 (dez) dias. Contudo, as informações solicitadas não foram apresentadas, cf. fl. 63.

Em novo despacho, fl. 65, foram novamente solicitados os informes ao Juízo de plano, e novamente não foram apresentadas os esclarecimentos acerca da instrução processual, cf. fl. 68.

Inexistindo revisão na espécie, em conformidade com art. 34, §3º, do RITJCE, remetam-se os autos à Presidência da 2ª Câmara Cível, para fins de inclusão na primeira pauta, de acordo com art. 33, II, do RITJCE.

Expedientes de estilo.

VOTO

Inicialmente, conheço do agravo, eis que presentes os pressupostos de recorribilidade.

Examinando as razões do recurso, e levando em consideração a carência de elementos probatórios apresentados pelas partes, bem como a falta dos informes requisitados pelo Juízo de plano, e inexistindo fundamentos relevantes aptos a modificar-se a decisão interlocutória, dantes prolatada, tenho pela manutenção integral da medida concedida nesta sede recursal.

Como dantes divisado, tem-se na espécie que a autora, ora agravada, realizou a venda ao recorrente de um veículo que, resumidamente, adquiriu anteriormente mediante contrato de financiamento com alienação fiduciária, e que o adquirente, a seu turno, teria se comprometido ao pagamento do “ágio” e das prestações vincendas dos financiamentos incidentes sobre o bem, narrando que, em razão do inadimplemento desta última obrigação, faz jus à retomada do veículo.

O recorrente, a seu turno, promove a juntada do recibo de fl. 24, que comprovaria a realização de uma fraude por parte da autora por meio da inserção de uma cláusula manuscrita com caneta esferográfica azul, em que foi acrescentada obrigação que originariamente não possuía.

Tais alegações, contudo, são irrelevantes ante a manifesta nulidade do negócio jurídico realizado entre as partes, a merecer o exame *ex officio* por parte deste juízo (art. 168, p. único, do CC02 - As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes).

O que a autora alega ter havido foi a chamada "assunção de dívida" por parte de terceiro, a qual, a despeito de possível abstratamente, sujeita-se a regramento próprio previsto no art. 299, do Código Civil:

Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava.

Em outras palavras, conforme acentua o Ministro Luís Felipe Salomão, “no caso de contrato com alienação fiduciária em garantia, sendo o desdobramento da posse e a possibilidade de busca e apreensão do bem inerentes ao próprio contrato, conclui-se, por raciocínio lógico-jurídico

singelo, que a transferência da posse direta a terceiros – porque modifica a essência do contrato, bem como a garantia do credor fiduciário – também deve ser precedida de autorização (REsp nº 881.270/RS)”.

Percebe-se, com efeito, que a transferência da responsabilidade pelo pagamento das prestações somente seria possível com a expressa anuência do agente financeiro (credor fiduciário), o que, ao que dos autos consta até o presente instante, não ocorreu.

Por outro lado, a autora sequer é proprietária do veículo, eis que, na verdade, exerce uma posse direta vinculada a um contrato de alienação fiduciária em garantia firmado com o Banco Santander, o qual ostenta a posse indireta e a propriedade resolúvel do veículo, nos termos do art. 1.361, do Código Civil de 2002:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

Em outras palavras, a autora/agravada promoveu a venda do que sequer era de sua titularidade, caracterizando-se, ao que tudo indica, o que, na doutrina e na jurisprudência, chama-se de venda *a non domino*.

Este negócio jurídico, pela análise inerente a esta ambiência precária, é absolutamente nulo, eis que possui objeto juridicamente ilícito, na forma do art. 166, II, do Código Civil:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
[...]
II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

Neste sentido, há inúmeros precedentes de outros Tribunais de Justiça em todo o país, conforme precedente exemplificativo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que a seguir colaciono:

“Cível. Processo civil. Veículo alienado fiduciariamente. Entrega do mesmo aos réus para alienação e quitação do débito pactuado com entidade financeira. Desaparecimento do bem, dos réus, ausência de qualquer pagamento, lançamento do nome da autora em cadastros restritivos de

crédito pelo inadimplemento do financiamento contratado. Demanda visando ressarcimento de danos materiais, morais e obrigação de fazer. Revelia dos réus. Procedência parcial do pedido. Apelo da autora. Embora a revelia faça presumir como verídicos os fatos narrados na inicial, nem sempre os mesmos se revelam como aptos a embasar a prestação jurisdicional perseguida. Autora, recorrente, que realiza venda a non domino. Automóvel alienado fiduciariamente. Propriedade da financeira e não da recorrente. Inteligência do art. 1.361 do Código Civil. Obrigações reconhecidas fictamente como pactuadas entre partes que se inserem no conceito de obrigação moral. Impossibilidade de edição de comando para seu cumprimento forçado à conta da regra do inciso II do art. 123 do diploma civil. Pretensão autoral que se revela como contrária à legislação em vigor. Condenação constante da sentença mantida, exclusivamente, para evitar a reformatio in pejus, diante da revelia dos réus. Custas processuais e honorários de advogado subsumidos ao regramento do art. 21 do CPC. Desprovimento do apelo. Decisão monocrática e liminar, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC”.

(TJRJ - 0006531-27.2010.8.19.0203 - APELACAO; DES. PEDRO FREIRE RAGUENET - Julgamento: 07/11/2012 - SEXTA CAMARA CIVEL).

O Superior Tribunal de Justiça, em importante precedente, também já decidiu:

DIREITO CIVIL. USUCAPIÃO. BEM MÓVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AQUISIÇÃO DA POSSE POR TERCEIRO SEM CONSENTIMENTO DO CREDOR. IMPOSSIBILIDADE. ATO DE CLANDESTINIDADE QUE NÃO INDUZ POSSE. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.208 DO CC DE 2002. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. A transferência a terceiro de veículo gravado como propriedade fiduciária, à revelia do proprietário (credor), constitui ato de clandestinidade, incapaz de induzir posse (art. 1.208 do Código Civil de 2002), sendo por isso mesmo impossível a aquisição do bem por usucapião.

2. De fato, em contratos com alienação fiduciária em garantia, sendo o desdobramento da posse e a possibilidade de busca e apreensão do bem inerentes ao próprio contrato,

conclui-se que a transferência da posse direta a terceiros – porque modifica a essência do contrato, bem como a garantia do credor fiduciário – deve ser precedida de autorização.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 881270/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 19/03/2010).

Todas estas circunstâncias, conjugadas, conduzem à conclusão de que as partes devem ser restituídas ao *status quo ante*, de modo que o simples deferimento da busca e apreensão do veículo em favor da autora geraria um inequívoco enriquecimento ilícito a seu favor, eis que recebeu, pela venda *a non domino*, o valor de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais) – fato incontroverso nos autos.

Em razão de tal circunstância, parece-me que a pretensão recursal perseguida no presente agravo deve ser deferida em parte, na extensão de suspender a ordem de busca e apreensão até que a autora/ agravada preste caução idônea no valor de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), depositando o respectivo valor no juízo de origem, ou prestando caução real.

De tudo o que fora acima exposto, CONHEÇO do recurso, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, considerando a projeção do art. 168, parágrafo único, do CC 02, de modo a suspender a ordem de busca e apreensão até que a autora da ação originária, Sra. Cláudia Rosani Pires dos Santos Benazzi, preste caução idônea no valor de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), depositando o respectivo valor no juízo de origem.

É como voto.

Fortaleza, 18 de março de 2015.

PROCESSO: 0621241-51.2014.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: MBI MOTORS DO NORDESTE COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA

AGRAVADO: ANTÔNIO ISAÍAS PAIVA DUARTE

RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. BLOQUEIO DE VALORES COM O INTUITO DE ASSEGURAR O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RESTITUIÇÃO PREVISTO NO ART. 18, §1º, INC. II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. QUANTIA QUE POR SUA MONTA PODERIA INVIABILIZAR A ATIVIDADE EMPRESARIAL DA AGRAVANTE. PERIGO DA DEMORA INVERSO. RECONHECIMENTO NA ESPÉCIE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA ÀS REGRAS DO ART. 475-O, DO CPC (INTELIGÊNCIA DO ART. 273, §4º, DO CPC). MEDIDA DEPENDENTE DE CAUÇÃO SUFICIENTE E IDÔNEA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Em sede de antecipação dos efeitos da tutela, o juízo de primeiro grau determinou o bloqueio imediato do montante de R\$ 465.000,00 (quatrocentos e sessenta e cinco mil reais) das contas da empresa agravante, com a finalidade de garantir, à parte agravada, o exercício do direito de restituição previsto no art. 18, §1º, inc. II, do CDC.

2. Na espécie, divisa-se o perigo de demora inverso, não podendo subsistir a medida de urgência deferida no juízo de primeiro grau. É

que, a permanecer a decisão hostilizada, com o bloqueio da vultosa quantia de R\$ 465.000,00 (quatrocentos e sessenta e cinco mil reais), a solvência da empresa agravante estaria em sério risco, diante do enorme, e inesperado, decréscimo pecuniário em seu fluxo de caixa, o que poderia resultar no descumprimento das obrigações da recorrente perante empregados e demais credores, inviabilizando, assim, a própria atividade empresarial. Por outro lado, é certo que o autor/agravado não comprova o perigo de ineficácia do provimento final, deixando de demonstrar como a espera pelo trâmite processual ordinário - *sem a concessão imediata do provimento de urgência* – poderia causar-lhe danos incontornáveis ou difícil reparabilidade, sendo certo que o direito de restituição invocado pela parte autora não parece estar em risco de perecimento pelo aguardo da solução final da lide.

3. Ademais, o caso dos autos, por se tratar de tutela antecipada que visa à obtenção de quantia certa em favor do demandante, clama pela observância da regra insculpida no art.273, §3º, do CPC, devendo seguir o rito previsto para as execuções provisórias delineado no art. 475-O). Com efeito, a providência concedida na origem, em virtude de sua natureza provisória e condenatória, dependia de caucionamento suficiente e idôneo a ser prestado pelo promovente/agravado, nos termos dos art. 475-O, inc. II e III, do CPC, como forma de garantir a restituição ao estado anterior, bem como a reparação de danos para a parte promovida/agravada na hipótese de modificação, ao final,

da decisão concessiva de antecipação dos efeitos da tutela.

4. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do Agravo de Instrumento, dando provimento a este recurso, a fim de cassar a medida de antecipação dos efeitos da tutela concedida na origem, bem como para determinar que eventual bloqueio de ativos da empresa agravante, para os fins requeridos na peça exordial do feito de origem, obedeça ao disposto no art. 475-O, do CPC, sendo precedido de caução suficiente e idônea a ser arbitrada pelo juiz.

Fortaleza, 15 de abril de 2015

RELATÓRIO

Cuida-se de um Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por MBI MOTORS DO NORDESTE COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA em face de ANTÔNIO ISAÍAS PAIVA DUARTE, impugnando decisão interlocutória da lavra do Juízo da 24ª Cível da Comarca de Fortaleza-Ce, que, nos autos do Processo de origem (nº 0730310-15.2014.8.06.0001), houve por bem deferir provimento antecipatório dos efeitos da tutela em favor da parte ora agravada, com a finalidade de determinar, por meio do sistema "*BANCEJUD*", o bloqueio de ativos financeiros da agravante no valor de R\$ 465.000,00 (quatrocentos e sessenta e cinco mil reais).

Como se depreende da cópia da decisão agravada (pg. 16/22), a decisão interlocutória de primeira instância fulcrou-se, essencialmente, no fato de que o agravado possui um veículo que se encontra, há mais de seis meses, nas dependências da empresa promovida, para fins de reparo, sem previsão para ser restituído.

Em seu *decisum*, o juízo de primeiro grau invoca – entre outros fundamentos - a aplicabilidade, para o caso, do art. 18, §1º do Código de Defesa do Consumidor, de cuja interpretação se extrai que, havendo vício no produto e não sendo este sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, em caráter alternativo, "*a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos*".

Na minuta de agravo (pg.01/14), a agravante defende, em primeiro lugar, a existência não só do fundado receio de dano irreparável (ou de difícil reparação) no caso, mas de certeza de dano, "*haja vista a situação enfrentada pela Agravante que atuou como mera prestadora de serviços de assistência técnica no veículo, não o tendo fabricado ou importado, necessitando da disponibilidade de caixa para realizar o pagamento de seus empregados, adquirir e revender seus veículos, atividades estas realizadas usualmente no seu dia-a-dia*". Com efeito, segundo a recorrente, "*o periculum in mora resta consubstanciado no fato de a Agravante sofrer prejuízos decorrentes de eventual penhora online, sendo que essa poderá vir a causar prejuízos financeiros e até mesmo inviabilizar as atividades da Agravante*". (pg. 05).

A recorrente aduz, demais disso que:

(I) "*O pedido de antecipação de tutela pretendido pelo Agravado decorre de uma equivocada interpretação do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor; visto que, primeiro, o veículo do Agravado não se encontrava sob a cobertura legal prevista no Código de Defesa do Consumidor de 90 (noventa) dias para bens duráveis, visto que tal prazo de garantia do artigo 26, II do Código de Defesa do Consumidor; a qual, expirou em 23 de novembro de 2011. Ainda, por se tratar de veículo usado, adquirido pelo Agravado de terceiros, a responsabilidade pelo eventual dano seria do fornecedor do produto, ou seja, o fabricante, visto que o veículo está coberto pela garantia do fabricante, a qual, inclusive se sujeita ao cumprimento de obrigações por parte do Autor/Agravado para que tenha validade*". (pg. 06)

(II) Nem mesmo a propriedade do bem foi comprovada pelo atual agravado, porquanto o veículo objeto da lide encontra-se registrado em nome da empresa AIP DUARTE

EVENTOS, inscrita no CNPJ/MF sob n. 07.732.890/0001-75, de maneira que, segundo a agravante, a parte autora/recorrida "***não tem nem mesmo legitimidade para pleitar um eventual ressarcimento do valor do veículo, visto que não é o proprietário do veículo***". (pg. 06/07)

(III) Em nenhum momento o Autor/Agravante comprovou que não tenha concorrido para o dano causado ao seu veículo, ou ainda, que tenha cumprido as suas obrigações dentro do Termo de Garantia, principalmente quanto à utilização do combustível apropriado para o veículo conforme instrução do manual que o acompanha.

(IV) O risco de dano irreparável alegado pelo autor/ agravado no feito origem não se configura, de modo a ensejar o imediato ressarcimento dos valores, visto que a agravante e a comerciante do carro, ambas incluídas no pólo passivo da demanda, são empresas idôneas, cumpridoras de suas obrigações perante todos os órgãos governamentais e credores, tratando-se de empresas – segundo a recorrente - com sólidas reputações - que em momento algum, portanto, sofreram qualquer tipo de condenação por descumprimento de obrigação, bem como em momento algum tiveram contra si demandas que questionasse a sua solvência. Assim, de acordo com argumentação constante do instrumental "***em se tratando de empresas totalmente sadias e solventes, não há motivos para se realizar um procedimento executório de bloqueio on line em suas contas correntes, visando uma mera especulação do Autor de que tem receio de não ter o seu direito atendido ao término da demanda***". (pg. 07).

(V) Além de não demonstrada a verossimilhança das alegações na espécie, o caso dos autos não pode ser enquadrado na hipótese normativa plasmada no art. 273, inc. II, do CPC (concessão de tutela antecipada por abuso do direito de defesa), tendo em vista que, na origem, a parte agravante sequer teria sido citada.

À luz de tais razões, roga pelo deferimento de antecipação dos efeitos da tutela recursal de caráter suspensivo, requerendo seja sobrestada a decisão agravada, no que toca à determinação de bloqueio do montante de R\$ 465.000,00 (quatrocentos e sessenta e cinco mil reais). Exora, ademais, pelo provimento integral do recurso, com a finalidade de reformar o *decisum* hostilizado em sua integralidade.

O instrumento recursal é formado pela documentação de pg. 15/126, na qual se destaca a cópia da decisão agravada (pg. 16/22); procurações (pg. 15 e 24); certidão de intimação do *decisum* atacado (pg. 36); e comprovante de pagamento das custas recursais (pg. 38).

À pg.133, determinei a intimação do agravado para se manifestar, especificamente, sobre a súplica liminar, do que sobreveio a petição intermediária de pg. 135/144.

Em sua manifestação o agravado propugna, *in verbis*, que:

(I) *"Em verdade, o veículo foi adquirido em 2011 e ainda nesse mesmo ano o bem apresentou os defeitos que agora são objeto da ação em primeiro grau. Várias foram as idas do agravado até a oficina da parte agravante e o bem sempre voltou com o mesmo defeito. Então, não foi concedida a tutela antecipada porque esteja demorando o conserto atual, mas sim porque o conserto vem se arrastando desde 2011, sem solução. Porém, agora na última entrega do veículo para a agravante, já demoram oito (08) meses sem que se consiga resolver o problema. Isso mesmo, nobre Desembargadora, desde 29 de junho de 2013 que o carro se encontra com a recorrente, aguardando o regular conserto"*. (pg. 136)

(II) *"Na espécie, trata-se de garantia estendida, porque se desde 2011, ano da compra do CARRO NOVO, esse tem os mesmos defeitos, certamente que a responsabilidade é tanto do fabricante estrangeiro como do revendedor nacional"*. (pg.136)

(III) *Na peça de contestação, "a ora recorrente admite receber de volta o carro defeituoso e questiona apenas o valor que irá ressarcir ao agravado (consumidor). No caso, quer a agravante devolver o preço atual e não aquele que foi pago em acordo com a nota fiscal. Portanto, a medida liminar de urgência foi concedida de modo correto e adequado, já que não se pode adquirir um automotor em 2011 e no ano de 2013 o revendedor e responsável pelo conserto não haver solucionado o defeito nele verificado, durante o primeiro ano, denominado de prazo de garantia. Pior! Não pode a oficina ficar dizendo que conserta o carro durante dois anos e finalmente apoderar-se do mesmo por oito (08) meses, pois desde 29 de junho de 2013 que o bem está sob sua guarda"* (pg. 138)

(IV) *"A tutela liminar foi concedida em janeiro e nada*

obstante a revendedora esteja ciente da mesma, não se vê com a obrigação de devolver o bem reparado ou o seu equivalente em dinheiro, conforme lhe determina o art. 18, § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor" (pg. 138)

(V) *"O pedido inaugural, quanto ao valor do veículo, é no importe de R\$ 465.000,00 (quatrocentos e sessenta e cinco mil reais), quantia que corresponde ao preço constante da nota fiscal, e na contestação inclusa a esta manifestação, a parte promovida, aqui agravante, admite devolver ao consumidor lesado, a importância de R\$ 385.687,00 (trezentos e oitenta e cinco mil seiscentos e oitenta e sete reais). Tem-se, portanto, o que se denomina pela lei de parcela incontroversa do pedido, que na dicção do art. 273, § 6º, Código de Processo Civil, importa em fundamento para a concessão da tutela antecipada" (pg. 141).*

(VI) *Em virtude da circunstância mencionada acima, "encontra-se este Agravo prejudicado, pois quer reformar a tutela antecipada concedida em primeiro grau, mas a contestação admite devolver o valor do veículo, no preço de venda atual e não de aquisição em 2011. É que, ao caso aplica-se o seguinte dispositivo do Código Unitário de Processo Civil, litteram: 'Art. 503. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer".*

(VII) *Em não se verificando o perigo da demora na espécie, porquanto: "se discute apenas dinheiro", de modo que a conversão deste agravo para a modalidade retida é medida que se impõe" (pg. 142 e 143).*

Às pg. 172/179, proferi decisão interlocutória deferindo a suspensividade pleiteada, até ulterior deliberação deste juízo.

Contrarrrazões às pg. 183/199.

Embora requisitados os informes de estilo ao juízo da causa (*vide* pg. 179 e pg. 180), este deixou de prestá-las no prazo legal, cf. certidão de pg. 201.

É o relatório.

Sem revisão, nos termos do art. 34, § 3º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará/RITJCE.

Peço dia para julgamento.

VOTO

Recurso apto para julgamento, uma vez que atendidos, na espécie, os pressupostos gerais e específicos de admissibilidade.

Passo a discorrer sobre o mérito da irresignação.

Ora, na hipótese de vício de qualidade do produto, a lei assegura ao consumidor a alternativa de exigir, do fornecedor, a restituição imediata da quantia paga monetariamente, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, consoante prevê o art. 18, §1º, inc. II, do Código Consumerista.

Em sede de antecipação dos efeitos da tutela, o juízo de primeiro grau determinou o bloqueio imediato do montante de R\$ 465.000,00 (quatrocentos e sessenta e cinco mil reais) das contas da empresa agravante, com a finalidade de garantir, à parte agravada, o exercício do direito de restituição do valor pago pelo veículo objeto da lide, nos moldes previstos no art. 18, §1º, inc. II, do CDC.

Assinalo, inicialmente, que, no juízo provisório de verossimilhança, este característico dos provimentos antecipatórios de tutela, o magistrado, além de examinar o atendimento dos pressupostos para a concessão da medida - tais como a existência de prova inequívoca (art. 273, *caput*, do Código de Processo Civil) e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, inc. I, do CPC) - não pode prescindir da apreciação a respeito do *perigo de irreversibilidade do provimento antecipatório*.

Neste sentido, o art. 273, §2º, do Código de Processo Civil preconiza que "*não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*".

Não basta, portanto, ao julgador verificar a plausibilidade do direito invocado, a existência de prova confiável sobre os fatos, ou o perigo da demora para o autor: mister se faz que aprecie e pondere, igualmente, à luz de um juízo de proporcionalidade, se *a concessão da liminar poderá ser mais danosa para o réu, do que seria sua negativa para o autor*.

Ou seja, incumbe-lhe verificar se os efeitos da providência requestada *excedem* o dano que com ela se quer evitar.

Trata-se de juízo sobre o *periculum in mora inverso*, este ocorrido quando houver dano irreparável à parte contra quem se pede o

provimento de urgência, ou, como se disse acima, quando o dano resultante da concessão da medida for superior ao que se deseja evitar.

Postas essas premissas, diviso o perigo da demora inverso na espécie, não podendo subsistindo o ato decisório vergastado.

Isso porque os prejuízos que podem advir para a promovida/recorrente em função do deferimento do provimento de urgência pleiteado pelo promovente/recorrido superam e excedem os danos oriundos da não concessão imediata da medida.

Destarte, a permanecer a decisão hostilizada, com o bloqueio da vultosa quantia de R\$ 465.000,00 (quatrocentos e sessenta e cinco mil reais), a solvência da empresa agravante estaria em sério risco, diante do enorme, e inesperado, decréscimo pecuniário em seu fluxo de caixa, o que poderia resultar no descumprimento das obrigações da recorrente perante empregados e demais credores, inviabilizando, assim, a própria atividade empresarial.

Por outro lado, é certo que o autor/agravado não comprova o perigo de ineficácia do provimento final, deixando de demonstrar como a espera pelo trâmite processual ordinário - *sem a concessão imediata do provimento de urgência* – poderia causar-lhe danos incontornáveis ou difícil reparabilidade, sendo certo que o direito de restituição invocado pela parte autora não parece estar em risco de perecimento pelo aguardo da solução final da lide.

Ademais, consoante enfatizei na decisão interlocutória em que atribuí efeito suspensivo ao agravo, o caso dos autos, por se tratar de tutela antecipada que visa à obtenção de quantia certa em favor do demandante, clama pela observância da regra insculpida no art.273, §3º, do CPC, devendo seguir o rito para a execução das decisões provisórias condenatórias em geral (art. 475-O)¹Com efeito, naquela decisão destaquei:

"Note-se, desde já, que o **bloqueio de quantia de dinheiro efetivado através dos sistema BACENJUD**, consubstancia **inegável ato de constrição patrimonial**

1 A referência do art. 273, §3º, do CPC é ao art. 588 - este atualmente revogado e substituído pelas disposições do art. 475-O, por força da Lei Federal 11.232/2005, que promoveu alterações no texto da lei processual.

antecipada, com clara repercussão no patrimônio do executado, encontrando-se, desta forma, sujeito ao rito do supracitado art. 475-O, da lei processual de regência. Cumpre, desta forma, lançar vistas sobre o mencionado dispositivo legal, que, em seu inc. III, estabelece: "***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***".

Quanto à **exigência de caução** suficiente e idônea, esta se constitui em **garantia mínima ao executado, caso sobrevenha decisão que modifique ou anule o decisum exequendo**, haja vista que, nesta hipótese, as partes devem ser restituídas ao estado anterior, inclusive com liquidação de eventuais prejuízos no mesmo ato, conforme dicção do art. 475-O, inc. II, CPC,

Ao magistrado, dentro de tal perspectiva, não é lícito prescindir, da análise sobre a necessidade ou não do caucionamento face à efetivação de atos de constrição de caráter provisório para pagamento de quantia.

Invoco, neste particular, a lição sempre precisa de FREDIE DIDIER JÚNIOR:

"Cabe ao magistrado à luz do postulado da proporcionalidade, ponderar os interesses em jogo: de um lado, o direito do credor à tutela efetiva (considerando suas chances de êxito ao final), bem como o direito ao acesso à justiça e ao devido processo legal; de outro, o direito do credor a uma tutela efetiva (considerando suas chances de êxito final); de outro, o direito do devedor à preservação de seu patrimônio material e à segurança jurídica. Só, então, poderá decidir se dispensa ou não a caução. Dará, com isso, uma interpretação teleológica ao art. 475-O, inc. III, atentando para sua finalidade real." (Curso de Direito Processual Civil – Execução. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 202)

Tendo a decisão provisória, portanto, o condão de promover alteração sobre o patrimônio do executado, a caução é, via de regra, obrigatória, somente podendo ser dispensada nas hipóteses previstas expressamente pela lei processual (art. 475-O, §2º) ou, excepcionalmente, quando, uma vez preenchidos os pressupostos legais,

com perigo de irreversibilidade da situação, restar demonstrado que os danos causados ao exequente serão de maior monta do que aqueles causados ao executado (STJ, Recurso Especial nº 1.145.358, Segunda Seção, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuerva, DJ 09/05/2012), notadamente se a medida deixar de ser deferida por ausência de caução.

É de se concluir, portanto, com o apoio das razões transcritas acima, que a providência concedida na origem, em virtude de sua natureza provisória e condenatória, dependia de caucionamento suficiente e idôneo a ser prestado pelo promovente/agravado, nos termos dos art. 475-O, inc. II e III, do CPC, como forma de garantir a restituição ao estado anterior, bem como a reparação de danos para a parte promovida/agravada na hipótese de modificação, ao final, da decisão concessiva de antecipação dos efeitos da tutela.

No mérito, portanto, remanescem válidos os fundamentos decisórios que embasaram a outorga de efeito suspensivo ao agravo de instrumento (decisão de pg. 172/179), razão pela qual este recurso deverá ser provido.

DIANTE DO EXPOSTO, *dou provimento ao agravo de instrumento*, a fim de cassar a medida de antecipação dos efeitos da tutela concedida na origem, bem como para determinar que eventual bloqueio de ativos da empresa agravante, para os fins requeridos na peça exordial do feito de origem, obedeça ao disposto no art. 475-O, do CPC, sendo precedido de caução suficiente e idônea a ser arbitrada pelo juiz.

É como voto.

Decorrido *in albis* o prazo para interposição de eventuais recursos, certifique-se o trânsito em julgado e archive-se na forma regimental.

Fortaleza, 15 de abril de 2015

PROCESSO Nº 0621459.79.2014.8.06.0000

TIPO DE AÇÃO: AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA.

AGRAVADOS: JOÃO ANDRÉ FERREIRA LIMA E LUANA ALBUQUERQUE DIAS DE CARVALHO

RELATORA: DESA. MARIA DE FÁTIMA DE MELO LOUREIRO

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FACEBOOK. USUÁRIOS. INDIVIDUALIZAR E IDENTIFICAR O AUTOR QUE DIVULGOU CONTEÚDO E PUBLICAÇÕES OFENSIVAS QUE FERIU DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS AGRAVADOS. GUARDA DOS DADOS. OBRIGAÇÃO DE INFORMAR. *IN CASU*, DEMONSTRADA A IMPOSSIBILIDADE DE PRESTAR A INFORMAÇÃO REQUERIDA.

1. Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. (fls.1-15) com o objetivo de modificar decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas proposta por João André Ferreira Lima e Luana Albuquerque Dias de Carvalho em desfavor da empresa indicada.

2. Na origem, os autores/agravados pediram em sede de antecipação de tutela, a qual foi deferida, a produção de provas a fim de individualizar e identificar o usuário da internet criador de perfil na rede social denominada Facebook, cujo teor de

suas publicações feriu direitos da personalidade dos ora agravados, servindo tal provimento de preparação para ajuizamento da Ação Principal.

3. Como razões que alicerçam a presente insurgência, a empresa agravante aduziu, em suma, que houve o fornecimento dos dados da conta denominada "Edilson Soares" em 05 de março de 2014, porém, alega que resta impossibilitada de ofertar os dados pessoais e da máquina da conta, pois a mesma não é requisitada ao usuário quando da feitura do cadastro para iniciar o perfil.

4. A página *FACEBOOK*, comunidade virtual na qual foram veiculadas as informações tidas por ofensivas, atua como provedor de conteúdo, pois o site disponibiliza informações, opiniões e comentários de seus usuários. Estes clientes criam páginas pessoais (perfis), por meio das quais se relacionam com outros usuários e integram grupos, igualmente criados por usuários, nos quais se realizam debates e troca de informações sobre interesses comuns.

5. Verifica-se que a empresa agravante, demonstrou, precisamente, não dispor das informações sobre os dados pessoais do usuário e da máquina que postou informações ofensivas à dignidade dos autores, possuindo tão somente os dados conferidos pelo próprio usuário do site, como nome, sobrenome, e-mail, data de aniversário, o sexo e Internet Protocol (IP).

6. Nesta hipótese, dessuma-se ser irrazoável pretender que a empresa Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. forneça aos promoventes da ação cautelar as informações pessoais que foram requisitadas posto que, a própria empresa

sequer as solicita para cadastramento de usuários perante seu site.

7. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, de acordo com o voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Em síntese, trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. (fls.1-15) com o objetivo de modificar decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas proposta por João André Ferreira Lima e Luana Albuquerque Dias de Carvalho em desfavor da empresa acima indicada.

Na origem, os autores/agravados pediram em sede de antecipação de tutela, a qual foi deferida, a produção de provas a fim de individualizar e identificar o usuário da internet criador de perfil na rede social denominada Facebook, cujo teor de suas publicações feriu direitos da personalidade dos ora agravados, servindo tal provimento de preparação para ajuizamento da Ação Principal.

Como razões que alicerçam a insurgência, o agravante aduziu, em suma: (a) houve o fornecimento dos dados da conta denominada “**Edilson Soares**” em 05 de março de 2014, porém a parte recorrente resta impossibilitada de ofertar os dados pessoais (identidade do autor), a localização da máquina que criou a conta combatida e quantas pessoas foram adicionadas em referido perfil, pois a mesma não é requisitada ao usuário quando da feitura do cadastro para iniciar o perfil; (b) o recorrente pede pelo recebimento do vertente recurso e a concessão de efeito suspensivo, bem como pelo seu provimento.

Os documentos de fls. 16-97 instruíram a exordial recursal.

O feito suspensivo pleiteado foi concedido em parte, para o fim de suspender parcialmente a exigibilidade de cumprimento da decisão que antecipou os efeitos da tutela (fls. 32/34) apenas na parte em que determina a especificação da pessoa (usuário), máquina, local, data e horário, tendo em vista que a empresa, ora agravante, demonstrou a impossibilidade de seu cumprimento integral (fls. 117-120).

Não apresentação de contrarrazões, conforme se observa da certidão de fls. 114.

Ouvido, o d. Ministério Público de segundo grau manifestou-se pelo provimento do presente agravo de instrumento, para o fim reformar em parte a decisão hostilizada.

É o breve relatório.

VOTO

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

Como relatado, na origem, os autores/agravados pediram em sede de antecipação de tutela, a qual foi deferida, a produção de provas a fim de individualizar e identificar o usuário da internet criador de perfil na rede social denominada Facebook, cujo teor de suas publicações feriu direitos da personalidade dos ora agravados, servindo tal provimento de preparação para ajuizamento da Ação Principal.

A página *FACEBOOK*, comunidade virtual na qual foram veiculadas as informações tidas por ofensivas, atua como provedor de conteúdo, pois o site disponibiliza informações, opiniões e comentários de seus usuários. Estes usuários criam páginas pessoais (perfis), por meio das quais se relacionam com outros usuários e integram grupos, igualmente criados por usuários, nos quais se realizam debates e troca de informações sobre interesses comuns.

Em conformidade com o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações entre os usuários do serviço (internet) e o provedor que mantém a página (Google, Facebook, ou qualquer outra que mantenha página às suas expensas).

Numa análise mais detalhada dos limites da responsabilidade civil da predita empresa (provedor de internet), verifica-se que, embora aplicável o Código Consumerista e suas regras adjacentes, não se pode atribuir responsabilidade desmedida às empresas que fornecem respeitável serviço.

Nesse aspecto, referido serviço deve garantir o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários, bem como o funcionamento e a manutenção das páginas na internet que contenham as contas individuais e as comunidades desses usuários.

No que tange à fiscalização do conteúdo das informações postadas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra o material nele inserido, sob pena de perda da própria funcionalidade e atratividade do serviço, qual seja, a troca rápida e simultânea de informações por seus usuários.

Assim, com vistas a todo o desenvolvimento da ideia, na qual elucidou-se a problemática acerca dos limites da responsabilidade civil dos provedores de internet, é que se deve analisar o presente caso, ora sob enfoque.

In casu, compulsando acuradamente o vertente instrumento, vislumbra-se que restam presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada acautelatória específica requerida em primeiro grau, isto é, justificativa plausível sobre a necessidade de conhecer o autor (usuário) do ato possivelmente ilícito e, outrossim, a impossibilidade de manutenção de conduta que mitiga a dignidade dos agravados, causando dano irreparável ou de difícil reparação, colmatados nas exigências esculpidas nos artigos 848 e 849 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 848. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova.

Parágrafo único. Tratando-se de inquirição de testemunhas, serão intimados os interessados a comparecer à audiência em que prestará o depoimento.

Art. 849. Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na

pendência da ação, é admissível o exame pericial.

Destarte, no caso dos autos, busca-se encontrar a pessoa que editou o perfil denominado “Edilson Soares” com o desiderato da deflagração de ação própria superveniente de responsabilização civil.

O douto juízo singular conferiu tutela antecipada integralmente nos termos da exordial, em especial, identificando quem, onde, quando e de que máquina saiu o perfil falso “Edilson Soares” e também quantas pessoas foram adicionadas.

Por outro lado, é de se ressaltar que, conforme detidamente analisando, a empresa agravante, Facebook Serviços Online do Brasil Ltda, demonstrou, precisamente, não dispor das informações sobre os dados pessoais (identidade do autor) que postou informações ofensivas à dignidade dos autores, a localização da máquina que criou a conta combatida e quantas pessoas foram adicionadas em referido perfil, possuindo tão somente os dados conferidos pelo próprio usuário do site, como nome, sobrenome, e-mail, data de aniversário, o sexo e Internet Protocol (IP).

Também dessume-se que a empresa agravante já cumpriu a decisão que antecipou os efeitos da tutela pretendida, nos autos da ação originária (Cautelar Preparatória), posto que noticiou ao Juízo de origem o número do IP, bem como endereço de e-mail cadastrado na conta do usuário que supostamente cometera o ato ilícito indicado. Comprovou-se, inclusive, que as únicas informações requisitadas para cadastro de novo usuário perante o site da empresa agravante são nome, sobrenome, endereço de e-mail e data de nascimento (fls. 9-11).

Nesta hipótese, a qual se analisa, verifica-se ser irrazoável pretender que a empresa Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. forneça aos promoventes da ação cautelar as informações pessoais requisitadas e deferidas na ação em primeiro grau, posto que a própria empresa sequer as solicita para cadastramento de usuários perante seu site.

No entanto, o referido entendimento não obsta a possível responsabilização das empresas provedoras de internet que, ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários divulguem livremente suas opiniões, deve ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo, assim, o anonimato

e atribuindo a cada imagem uma autoria certa e determinada, conforme precedentes do Colendo STJ. Senão vejamos:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. PROVEDOR DE CONTEÚDO. USUÁRIOS. IDENTIFICAÇÃO. DEVER. GUARDA DOS DADOS. OBRIGAÇÃO. PRAZO. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 4º III, DO CPC, 206, §3º, V, 248, 422 E 1.194 DO CC/02; E 14 E 461, §1º, DO CPC.

1. Ação ajuizada em 30.07.2009. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 04.11.2013. 2. Recurso especial que discute os limites da responsabilidade dos provedores de hospedagem de blogs pela manutenção de dados de seus usuários. 3. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários divulguem livremente suas opiniões, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada imagem uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, do dever de informação e do princípio da transparência, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*. Precedentes. 4. Uma vez ciente do ajuizamento da ação e da pretensão nela contida - de obtenção dos dados de um determinado usuário - estando a questão sub judice, o mínimo de bom senso e prudência sugerem a iniciativa do provedor de conteúdo no sentido de evitar que essas informações se percam. Essa providência é condizente com a boa-fé que se espera não apenas dos fornecedores e contratantes em geral, mas também da parte de um processo judicial, nos termos dos arts. 4º, III, DO CDC, 422 do CC/02 e 14 do CPC. 5. As informações necessárias à identificação do usuário devem ser armazenadas pelo provedor de conteúdo por um prazo mínimo de 03 anos, a contar do dia em que o usuário cancela o serviço. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (Processo: REsp 1417641 RJ 2013/0341787-2 – Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI – Julgamento: 25/02/2014 - Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA – Publicação: DJe 10/03/2014)

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. CDC. INCIDÊNCIA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. USUÁRIOS. IDENTIFICAÇÃO. DEVER. GUARDA DOS DADOS. OBRIGAÇÃO. PRAZO. 03 ANOS APÓS CANCELAMENTO DO SERVIÇO. OBTENÇÃO DE DADOS FRENTE A TERCEIROS. DESCABIMENTO. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 5º, IV, DA CF/88; 6º, III, E DO CDC; 206, §3º, V, E 1.194 DO CC/02; E 358, I, DO CPC.

1. Ação ajuizada em 17.05.2010. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 25.09.2013.

2. Recurso especial que discute a responsabilidade dos gerenciadores de fóruns de discussão virtual pelo fornecimento dos dados dos respectivos usuários.

3. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. Precedentes.

4. O gerenciador de fóruns de discussão virtual constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses *sites* se limitam a abrigar e oferecer ferramentas para edição dos fóruns criados e mantidos por terceiros, sem exercer nenhum controle editorial sobre as mensagens postadas pelos usuários.

5. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários divulguem livremente suas opiniões, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada imagem uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, do dever de informação e do princípio da transparência, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.

6. As informações necessárias à identificação do usuário devem ser armazenadas pelo provedor de conteúdo por um prazo mínimo de 03 anos, a contar do dia em que o usuário cancela o serviço.

7. Não há como exigir do provedor de conteúdo que diligencie junto a terceiros para obter os dados que inadvertidamente tenha apagado dos seus arquivos, não apenas pelo fato dessa medida não estar inserida nas providências cabíveis em sede ação de exibição de documentos, mas sobretudo porque a empresa não dispõe de poder de polícia para

exigir o repasse dessas informações. Por se tratar de medida cautelar de natureza meramente satisfativa, não há outro caminho senão reconhecer a impossibilidade de exibição do documento, sem prejuízo, porém, do direito da parte de buscar a reparação dos prejuízos decorrentes da conduta desidiosa.

8. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1398985/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2013, Dje 26/11/2013).

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração" contido no art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com

o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo. 7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet. 8. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1193764/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 08/08/2011)

Assim, em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, é forçoso reconhecer que a decisão recorrida, da forma como foi prolatada pelo Juízo de Planície, deve ser reformada em parte, vez que atribuiu um ônus desmedido à empresa agravante, motivo pelo qual entende-se pelo provimento parcial do recurso interposto.

Diante das razões aqui expostas, conheço do presente Agravo de Instrumento, dando-lhe parcial provimento para, reformando em parte a decisão hostilizada, determinar a retirada da especificação individualizada da pessoa do usuário, bem como a máquina, o local, a data e horário, tendo em vista que a empresa, ora agravante, demonstrou a impossibilidade de seu cumprimento, mantendo, no entanto, as demais deliberações ali contidas.

É como voto.

Fortaleza, 06 de maio de 2015.

PROCESSO: 0621776-77.2014.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: RB CAPITAL SECURITIZADORA S/A
AGRAVADO: EIT - EMPRESA INDUSTRIAL TÉCNICA SA
RELATOR: DES. EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESERÇÃO. INEXISTÊNCIA. GUIA DE RECOLHIMENTO PREENCHIDA COM O NÚMERO DO PROCESSO DE ORIGEM. SUFICIÊNCIA. DESINFLUÊNCIA DO EQUÍVOCO QUANTO AO CÓDIGO DA SERVENTIA. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. FORO DE ELEIÇÃO. RELATIVIZAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRISE ECONOMICO-FINANCEIRA. HIPOSSUFICIÊNCIA. FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO FORO DO DOMICÍLIO DA EMPRESA RECUPERANDA, ONDE TRAMITA SEU PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PREVENÇÃO DO JUÍZO DA COMARCA DE SÃO PAULO, ONDE A AGRAVADA FOI CITADA EM EXECUÇÃO DE UM DOS CONTRATOS EM REVISÃO. INDIFERENÇA. CASO DE CONTINÊNCIA. AÇÃO REVISIONAL CONTINENTE EM RELAÇÃO À CONTIDA EXECUÇÃO EMBARGADA. ATRAÇÃO DA CAUSA CONTIDA AO JUÍZO PROCESSANTE DA CAUSA CONTINENTE. ATOS DE CONSTRICÇÃO

**DO PATRIMÔNIO DA RECUPERANDA.
COMPETÊNCIA EXCLUSIVA
DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO
JUDICIAL. DECORRÊNCIA LÓGICA
DA HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE
RECUPERAÇÃO, INDEPEDENTEMENTE
DE QUALQUER PEDIDO. RECURSO
CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.**

1. Malgrado o argumento de deserção do recurso, entendo que este deve ser conhecido. Especificamente em relação ao preparo, considero-o validamente realizado e comprovado, sendo desinfluyente, sob o ponto de vista prático, que o Agravante tenha preenchido a guia respectiva com a indicação da Comarca de Jaguaruana/CE (serventia identificada pelo n.º 075010), quando o desejável seria que tivesse apontado a Comarca de Fortaleza (distinguida pelo n.º 000411).

2. Na ambiência do Estado do Ceará, todo e qualquer valor arrecadado via guia de recolhimento FERMOJU é revertido para o Poder Judiciário Estadual, independentemente do código da serventia utilizado.

3. Ademais, para fins de que o preparo recursal seja considerado válido, importa, isto sim, que o recorrente preencha a guia de recolhimento FERMOJU com o número do processo a que deve vincular-se a guia. É o pensamento corrente neste Sodalício.

4. No mérito, a Agravante pretende: (a) a reforma da decisão, na parte em que afastou o foro de eleição dos contratos em revisão na origem e fixou a competência do Juízo a quo para processar e julgar demanda; e (b) a nulidade

do *decisum*, desta feita no ponto em que firmou a competência exclusiva do Juízo a quo para deliberar sobre eventual constrição patrimonial da Agravada.

5. Transportando, para cá, as conclusões que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem reiteradamente adotando em casos similares, entendo que, embora a Agravada já tenha ocupado posição de destaque entre as grandes construtoras e empreiteiras do País, seu momento atual é de crise econômico-financeira – momento este judicialmente reconhecido pelo próprio deferimento de pedido de recuperação judicial.

6. Por conseguinte, nem o histórico de obras e clientes da Agravada, nem o expressivo valor nominal de seu capital social, tem o efeito de afastar a realidade, judicialmente reconhecida, de que seu instante hodierno é de fragilidade econômica. Assim não fosse, certamente a Agravante não estaria exposta a um processo de recuperação judicial, que, de partida, é inegavelmente maculador da sua imagem no mercado.

7. Uma vez que esteja enfrentando um processo de recuperação judicial, é verdadeiramente factível que a Agravada encontrará dificuldades de acesso ao Judiciário caso tenha que litigar com a Agravante na longínqua Comarca de São Paulo. E a virtualização processual, diferentemente do que argumentou a Agravante, não tem o condão de alterar essa conclusão. Basta lembrar que há atos processuais cuja prática ainda não é suportada pelo processo virtual, e, que, portanto, reclamam a presença física dos litigantes perante o juízo processante.

8. Por estes fundamentos, entendo acertada a decisão vergastada no ponto em que afastou o foro de eleição contido nos contratos em revisão na origem, fixando, por conseguinte, a competência do foro da Comarca de Jaguaruana/CE, em que domiciliada a Agravada, para processar e julgar a ação revisional de onde adveio o *decisum* impugnado.

9. A competência do Juízo a quo é reforçada pela constatação de que a causa de origem é “contínente” (e não conexa) em relação à “contida” ação de embargos à execução que outrora (e já não mais) tramitou no foro de eleição (São Paulo/SP). É que, enquanto a ação de embargos à execução refere-se a apenas um dos contratos em que a Agravada figura como responsável solidária perante à Agravante, a ação revisional, por sua vez, presta-se à revisão daquele e de outro instrumento contratual também celebrado entre as mesmas partes. É dizer: o objeto da revisional, por ser mais amplo (contínente), abrange o objeto da ação de embargos à execução (contido) – isto sem olvidar da clara comunhão de partes e de causa de pedir. Precedentes do STJ.

10. Foram estes, aliás, os mesmos fundamentos de que se utilizou o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo para reconhecer a competência do foro da Comarca de Jaguaruana/CE para processar e julgar a ação executiva (de um dos contratos em revisão na origem) e os respectivos embargos à execução em que contendem Agravante e Agravada.

11. Portanto, sem prejuízo da acertada relativização da cláusula de eleição do foro da

Comarca de São Paulo/SP e da consequente fixação da competência do foro da Comarca de Jaguaruana/CE para o processo e o julgamento da ação revisional (e isto, de per si, já resolve a questão), sobressai ainda a continência havida entre a demanda revisional e a execução embargada, afastando o critério de prevenção para a reunião das ações em comento. Uma vez que a ação revisional é “continente” em relação à “contida” execução embargada, tais ações devem ser julgadas pelo juízo em que tramita a causa continente, ou seja, pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Jaguaruana, em que tem domicílio a Agravada.

12. Ainda há um terceiro argumento: segundo a pacífica jurisprudência do STJ, o juízo que processa a recuperação judicial é o competente para processar e julgar as causas em que envolvam interesses e bens da empresa recuperanda.

13. Por fim, melhor sorte não assiste a Agravante em sua pretensão de nulidade do *decisum* no ponto em que firmou a competência exclusiva do Juízo a quo para deliberar sobre eventual constrição patrimonial da Agravada.

14. Primeiramente, é preciso observar que o contrato em execução e em revisão perante o Juízo de origem, e sobretudo as respectivas obrigações de pagamento nele assumidas pela Agravada, são anteriores ao deferimento do pedido de recuperação judicial. Ao passo em que o mencionado contrato foi celebrado em 21/12/2010, o pleito de recuperação restou deferido em 23/05/2011. Sobressai, portanto, que a mencionada dívida é “concurisal”, sujeitando-se, pois, aos efeitos da recuperação judicial.

15. Por consequência, tanto o trâmite da ação executiva, como, sobretudo, eventuais constrições destinadas à satisfação do crédito, restam automaticamente sujeitas à recuperação judicial e, assim, ao crivo do respectivo juízo processante. Precedentes do STJ.

16. Adicionalmente, o plano de recuperação da Agravada foi aprovado/homologado por decisão publicada em 07/06/2013 (p. 616), após o que, por conseguinte, apenas o Juízo da Vara Única da Comarca de Jaguaruana/CE passou a ter competência para deliberar a respeito de constrições sobre o patrimônio da Agravada – isto a despeito de qualquer pedido daquela neste sentido. Trata-se de uma consequência lógica.

17. Uma vez deferido o pedido de recuperação judicial e aprovado o plano de recuperação, nem mesmo em sede de execução fiscal (que não se sujeita à regra de suspensão processual prevista no caput do art. 6º, da Lei 11.101/2005) admite-se a realização de constrição de forma alheia ao processo de recuperação e ao crivo do respectivo juízo processante. É o entendimento do STJ.

18. Por estes argumentos, ao declarar a competência exclusiva do Juízo a quo para deliberar sobre eventual constrição patrimonial da Agravada, a decisão impugnada acabou passando ao largo de qualquer nulidade. Pelo contrário, apenas pronunciou, no feito revisional, uma realidade logicamente decorrente da homologação do plano de recuperação judicial, cujo cumprimento restaria obviamente impossibilitado se todo e qualquer juízo pudesse dispor do patrimônio da recuperanda.

19. A competência exclusiva do Juízo a quo para eventuais constrições sobre o patrimônio da

empresa em recuperação judicial é decorrência lógica da homologação de seu plano de recuperação, independentemente de qualquer pedido expresso ou implícito neste sentido.

20. Mas, a par de todas essas veridicidades, certo que o próprio Juízo do foro da Comarca de São Paulo/SP (foro de eleição) declinou a competência para processar e julgar a execução embargada em favor do foro da Comarca de Jaguaruana/CE (foro do domicílio da Agravada, onde tramita seu processo de recuperação judicial), entendo que, nesta parte em análise, o recurso restou, inclusive, prejudicado. É que, uma vez firmada a competência do Juízo a quo para processar e julgar a execução embargada, mais do que nunca os eventuais atos de constrição patrimonial estão sob sua competência jurisdicional exclusiva – dando margem para conclusões em torno do esvaziamento da presente discussão.

21. Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os desembargadores integrantes da colenda primeira câmara cível do egrégio tribunal de justiça do estado do ceará, sem divergência de votos, por conhecer o recurso, negando-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 3 de novembro de 2014.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre recurso de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo que RB CAPITAL SECURITIZADORA S.A. interpôs contra decisão interlocutória proferida pelo(a) Excelentíssimo(a)

Senhor(a) Juiz(a) de Direito da Vara Única da Comarca de Jaguaruana, que, nos autos do processo n.º 4813-44.2013.8.06.0108, referente à ação revisional ajuizada por EIT - EMPRESA INDUSTRIAL TÉCNICA S.A., assim decidiu:

“Face ao exposto, defiro a antecipação de tutela requerida para os fins de suspender os efeitos das cláusulas de eleição de foro nos contratos de financiamento tratados na vestibular e em todos os pactos a ele correlatos, acolhendo a competência deste Juízo para tratar da ação revisional em exame; vedar a negatificação do nome da autora em função dos contratos discutidos na presente revisional, ordenando a sua desnegatificação, se houver se dado; firmar a competência exclusiva deste Juízo para deliberar sobre eventual constrição patrimonial da demandante.

Defiro, integralmente, o pleito de exibição de documentos (...) quais sejam os pactos alusivos à cessão de créditos e à cessão fiduciária de direitos de crédito, todos do denominado terceiro contrato de financiamento, intimando-se a ré (...) para apresentá-los no prazo da defesa...”.

Nada obstante, sustentou a Agravante que “a Agravada EIT figurou como fiadora de operação estruturada para a concessão de dois financiamentos imobiliários à empresa Ponta D'Areia Holding Ltda.”, que, segundo a Recorrente, “celebrou com a instituição financeira Domus Companhia Hipotecária 3 (três) contratos de financiamento imobiliário, dos quais 2 (dois) se constituem objeto da demanda revisional proposta pela Agravada, visto que, no segundo e no terceiro contratos, a Agravada figurou como garantidora e responsável solidária junto à Ponta D'Areia”.

Disse que “a Ponta D'Areia celebrou, em 21/12/2010, o segundo e o terceiro contrato de financiamento com a Domus, através da qual obteve recursos equivalentes a quantia de R\$ 44.494.021,76 (...) e R\$ 23.505.980,00 (...), respectivamente, a serem pagos no prazo de 60 (sessenta) meses, acrescidos dos respectivos juros remuneratórios, correção monetária e encargos estabelecidos em contrato” – dizendo, também, que “a Domus, na mesma data, cedeu todos os direitos e obrigações do contrato de financiamento à Agravante RB CAPITAL”.

Afirmou que “caberia à Ponta D'Areia cumprir minuciosamente com as obrigações de pagamento (...), o que lamentavelmente não vinha e não ocorrendo”, de forma que “não restou alternativa à Agravante “senão a propositura das competentes execuções”.

Em seguida, aduziu que “as execuções obrigatoriamente precisavam ser distribuídas perante a Comarca de São Paulo”, uma vez que, “além do expresso foro de eleição, todas as obrigações de pagamento deveriam ser cumpridas na Cidade de São Paulo, o que ratifica, sob qualquer ângulo ou prisma, a competência exclusiva do foro de São Paulo, nos termos do art. 576 cc art. 100, IV, d, ambos do Código de Processo Civil”.

Acrescentou, todavia, que, “mesmo após o ajuizamento da execução, em 19/12/2013, a EIT distribuiu a, aqui debatida, ação revisional de contratos perante a Comarca de Jaguaruana/CE”, na qual “o MM. Juízo da Vara Única da Comarca de Jaguaruana/CE proferiu a decisão agravada, antecipando os efeitos da tutela”.

Sucedem, segundo a Agravante, “(i) por estarem ausentes os requisitos para a concessão da antecipação da tutela; (ii) por afrontar as regras processuais de competência, a existência de juízo prevento e também o foro eleito em contrato; e (iii) também por extrapolar o quanto requerido em sede de antecipação de tutela, a r. decisão deve ser reformada, reconhecendo-se a incompetência do Juízo da Vara Única da Comarca de Jaguaruana (...), bem como a nulidade da decisão espontânea e não provocada na parte que estabeleceu a competência isolada do Juízo de Jaguaruana para deliberar sobre eventual constrição patrimonial da Agravada”.

Logo após, asseverou que, “não obstante estar em recuperação judicial”, a Agravada: (a) “constitui empresa de engenharia de grande porte, envolvida em diversas obras públicas de grande vulto”; (b) “seu capital social é de nada menos do que R\$ 473.682.000,00”; (c) “seus clientes estão entre as maiores empresas do Brasil e do mundo” – tudo a “afastar a fragilidade econômica utilizada para justificar a hipossuficiência”.

Aliás, sobre esse tema, disse também que “a demanda revisional perante o foro eleito em contrato (Comarca de São Paulo) não traz qualquer prejuízo para a defesa da Agravada”, primeiro porque “os

processos (...) tem trâmite eletrônico”; segundo porque a EIT “mantém escritório na cidade de São Paulo/SP”.

Além disso, afirmou também que “prevento está o Juízo de Direito da 4ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, em função da citação em primeiro lugar efetivada na execução”.

Disse, mais, que “os créditos perquiridos (...) não estão compreendidos na recuperação judicial, visto serem posteriores”, e que “inexiste a sugerida competência absoluta do foro de Jaguaruana, reconhecida implicitamente na decisão agravada, em virtude da recuperação judicial da Agravada EIT”.

Argumentou, por fim, que, “inexistindo qualquer pedido no sentido de que eventuais constringões em face da Agravada fossem submetidas ao Juízo da Vara Única de Jaguaruana, alternativa não resta senão a declaração da nulidade da decisão agravada nesse ponto”.

Entendendo presentes os pressupostos legais autorizadores, requereu a concessão de efeito suspensivo ao recurso, seguido de seu final provimento.

O recurso foi instruído com os documentos de págs. 26-561, que incluem as digitalizações da decisão impugnada (págs. 291-301), da certidão da respectiva intimação (p. 357), das procurações outorgadas aos advogados do Agravante (págs. 359-360) e da Agravada (p. 65), e do comprovante de recolhimento do preparo (págs. 560-561) – dentre diversos outros documentos extraídos dos autos de origem.

Após a distribuição e conclusão do recurso à minha relatoria, despachei à p. 579, determinando a intimação da Agravada, para responder, e a notificação do juiz da causa, para prestar informações.

Informações às págs. 584-585.

Às págs. 586-646 constam contrarrazões instruídas com documentos, em que a Agravada argumentou, em suma, que:

- “a) a dívida discutida na pretensão revisional é anterior à recuperação judicial, a ela se submetendo;
- b) a Justiça de São Paulo declinou da competência em favor da Comarca de Jaguaruana/CE, o que tornaria absurdo enviar para São Paulo o processo de revisão contratual por força de um processo de execução que, por sua vez, já se determinou seja remetido para Jaguaruana/CE;

- c) o caso não envolve conexão, mas, ainda o fizesse, a reunião de processos não é obrigatória, configurando faculdade judicial, que não deve ser utilizada para diminuir as possibilidades de defesa da parte mais frágil na relação, principalmente quando há outros elementos processuais que permitem o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório, simplesmente suspendendo a execução até o julgamento da revisional, caso elas ainda tramitassem em comarcas distintas, o que não ocorrerá, tendo em mira o entendimento do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo;
- d) a hipótese não é de conexão, mas de continência, o que faria com que a reunião de processos, se restasse imprescindível (o que nem é) ocorresse no Juízo onde se processa a causa continente, ou seja, a ação revisional, que é mais ampla, abrangendo o contrato discutido na execução e embargos do devedor e outra avença;
- e) a cláusula de eleição de for é inoponível quando afeta substancialmente a defesa da parte mais fraca, o que se aplica ao caso de empresa em recuperação judicial (a agravada), que dispõe de situação de vulnerabilidade presumível pela sua condição, não podendo ser obrigada a litigar com uma gigante econômica em comarca distante de sua sede, visto que isso sacrificaria o seu direito de defesa. É o que entenderam o r. Juízo monocrático, o eg. Tribunal de Justiça de São Paulo e o colendo Superior Tribunal de Justiça”.

Asseverou, mais, que “o Juízo a quo (...) deferiu apenas parcialmente (...) a pretensão de submeter qualquer discussão judicial sobre os contratos em debate à sua competência”, porquanto “entendeu que somente os atos de constrição patrimonial eram afeitos ao Juízo da Recuperação Judicial” – acrescentando, ainda, que “o deferimento, em menor extensão, de um pleito, não representa julgamento extra petita, sendo perfeitamente lícito”.

Ao fim, assim argumentou: “justamente porque a penhora porventura a ser realizada no feito executivo deverá ser decidida pelo Juízo da recuperação judicial, tem-se um argumento adicional para justificar que, se reunião dos processos houver, ela deveria ocorrer não em São Paulo, mas em Jaguaruana/CE, o que permitiria maior rapidez e eficiência na prestação jurisdicional”.

Requeru a negativa de seguimento do recurso, e, sucessivamente, seu integral desprovimento.

É o devido relatório.

VOTO

Inicialmente, malgrado o argumento de deserção do recurso, entendo que este deve ser conhecido, porquanto, além de atender as exigências dos artigos 524 e 525, ambos do Código de Processo Civil (CPC), vejo que preencheu todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos que compõem o juízo positivo de admissibilidade recursal.

Especificamente em relação ao preparo, considero-o validamente realizado e comprovado, sendo desinfluyente, sob o ponto de vista prático, que o Agravante tenha preenchido a guia respectiva com a indicação da Comarca de Jaguaruana/CE (serventia identificada pelo n.º 075010), quando o desejável seria que tivesse apontado a Comarca de Fortaleza (distinguida pelo n.º 000411).

No plano federal, cada tribunal é identificado por um código de receita específico, a ser utilizado quando do preenchimento da guia de recolhimento da união (GRU). Caso, por exemplo, se pretenda interpor um recurso perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a GRU relativa ao preparo deve ser preenchida com o código de receita n.º 18832-8. Do contrário, a receita financeira respectiva não será revertida para o STJ, evidenciado-se a indiscutível deserção da recurso. Bem ilustra esse exemplo o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREPARO IRREGULAR. DESCUMPRIMENTO DA RESOLUÇÃO N. 7/2007 DO STJ. DESERÇÃO. (...) 3. **A propósito, é sabido que a inconsistência de qualquer informação referente ao depósito das quantias devidas, a exemplo da indicação de código de recolhimento ou de receita diverso ou defasado, impossibilita que a receita seja revertida para o Superior Tribunal de Justiça.** 4. **Dessa forma, se não há a indicação correta na guia do código de receita, o que inviabiliza a identificação da veracidade do recolhimento correspondente ao presente**

processo, a consequência é a deserção. É nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1017698/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 25/11/2010)

Na ambiência do Estado do Ceará, a realidade é diversa. Aqui, todo e qualquer valor arrecadado via guia de recolhimento FERMOJU é revertido para o Poder Judiciário Estadual, independentemente do código da serventia utilizado.

Ademais, para fins de que o preparo recursal seja considerado válido, importa, isto sim, que o recorrente preencha a guia de recolhimento FERMOJU com o número do processo a que deve vincular-se a guia. É o pensamento corrente neste Sodalício:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. GUIA DE PREPARO SEM O NÚMERO DO PROCESSO ORIGINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO RECURSO. VIOLAÇÃO AO ART. 511 DO CPC. DESERÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E DO TJCE.

1. A controvérsia dos autos versa sobre a regularidade da guia de recolhimento de preparo recursal, **que não indica o número do processo a que se vincula**. 2. Por força do art. 511 do CPC, na interposição do recurso o recorrente deve comprovar o respectivo preparo sob pena de deserção. 3. **De acordo com a Portaria nº 583/98 do TJCE é obrigatória a anotação do número do processo a que se vincula na Guia de Recolhimento do FERMOJU GRF**. 4. No caso dos autos, constatouse a insuficiência do preenchimento da guia por não apresentar o número do processo de origem, impossibilitando que se verifique se as custas processuais pagas se referem exatamente ao recurso ora analisado. 5. Constatado que a parte não se desincumbiu do ônus de preencher corretamente a guia de preparo, a decretação da deserção recursal é medida que se impõe. Agravo Regimental conhecido e desprovido. Unânime.

(TJ-CE; AG 062091931.2014.8.06.0000/50000; Quarta Câmara Cível; Rel^a Des^a Maria Iracema Martin do Vale Holanda; DJCE 11/06/2014; Pág. 33)

AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A APELAÇÃO EM RAZÃO DE AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO NÚMERO DO PROCESSO NA GUIA DE RECOLHIMENTO. DESERÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. NÃO VINCULAÇÃO DA GUIA AO NÚMERO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E DO ACESSO À JURISDIÇÃO.

I **A ausência ou o erro no preenchimento do campo destinado ao número do processo torna impossível a necessária vinculação da guia de recolhimento ao feito em exame, exigência contida no disposto no art. 1º da Portaria nº 583/98 deste sodalício, que reza acerca da imprescindibilidade de especificação do número do processo a que se vincula a guia, sendo tal ônus, obviamente, pertencente ao agravante.** II Incidente o instituto da deserção, conforme precedentes da Corte Especial do STJ e deste Sodalício. III Agravo Conhecido e Desprovido.

(TJ-CE; AG 028713187.2000.8.06.0001/50000; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Rodrigues Feitosa; DJCE 08/04/2014; Pág. 71)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO EM FACE DA DESERÇÃO CARACTERIZADA PELA AUSÊNCIA DO NÚMERO DO PROCESSO NA GUIA DE RECOLHIMENTO DAS CUSTAS. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. **A ausência de indicação do número do processo na Guia de Recolhimento das custas (GRF) caracteriza deserção, em face de ofensa à Portaria nº 583/98 deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (que dispõe sobre a necessidade de indicação expressa do número do processo a que se vincula a guia).** Precedentes da Corte Especial do STJ (AGRG no RESP 924942/ SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques) e desta 2ª Câmara Cível. 2. Agravo conhecido e desprovido.

(TJ-CE; AG 000493675.2013.8.06.0000/50000; Primeira Câmara Cível; Relª Desª Maria Nailde Pinheiro Nogueira; DJCE 12/02/2014; Pág. 27)

No caso dos autos, certo que a guia de recolhimento de págs. 560-561 contém o número do processo de origem, é dizer, de onde adveio a decisão impugnada, considero válido e regular o preparo deste recurso.

Superado o juízo de admissibilidade, adentro ao juízo de mérito.

Consoante o relatório, a Agravante pretende: **(a)** a reforma da decisão, na parte em que afastou o foro de eleição dos contratos em revisão na origem e fixou a competência do Juízo a quo para processar e julgar demanda; e **(b)** a nulidade do *decisum*, desta feita no ponto em que firmou a competência exclusiva do Juízo a quo para deliberar sobre eventual constrição patrimonial da Agravada.

Ainda segundo o relatório, a decisão impugnada relativizou a cláusula contratual de eleição de foro sob o nodal argumento de que a Agravada encontra-se em situação de hipossuficiência em decorrência de sua pendente recuperação judicial.

Sobre o tema, registro, de logo, o pensamento corrente na ambiência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, diante de caso símile, assim decidiu:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. CONTRATO DE EMPREITADA NO ÂMBITO DO PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL - PAR. INAPLICABILIDADE DO DIPLOMA CONSUMERISTA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. NATUREZA PESSOAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 95 DO CPC. CONTRATO DE PORTE EXPRESSIVO. AUSÊNCIA DE INFERIORIDADE INTELECTIVA E TÉCNICA NO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO. **EMPRESA EM CONCORDATA PREVENTIVA. DEBILIDADE ECONÔMICA. DIFICULDADE DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO. REJEIÇÃO DA EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. (...)**

7. Apesar de haver algumas diferenças principiológicas entre a concordata preventiva e a recuperação judicial,

é certo que tanto uma quanto a outra voltam seus olhos ao empresário ou sociedade empresária que estiver em crise econômica ou financeira, desde que, por óbvio, seja viável a superação dessa situação anormal. 8. A condição de empresa em regime de concordata, por significar uma maior fragilidade econômica, dificulta o acesso à Justiça e ao exercício do direito de defesa perante o foro livremente eleito, quando esse não seja o da sede da concordatária. 9. Recurso especial não provido.”

(REsp 1073962/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 13/06/2012)

No ensejo, transcrevo trecho do voto condutor do acórdão em comento, de autoria da eminente Ministra NANCY ANDRIGHI:

“A concordata preventiva, regulada pela anterior Lei de falências e Concordatas (Decreto-Lei 7.661/1945), podia ser entendida como a ação na qual o empresário devedor propunha a dilação do vencimento e/ou remissão de débitos, para solução de seu passivo quirografário, com o fim de evitar a falência. Com o advento da Lei 11.101/2005, a concordata preventiva foi substituída pela recuperação judicial, perdendo a ideia de favor legal e assumindo o caráter contratual, em que o devedor, conquanto cumpra os requisitos legais, acorda com seus credores.

Apesar de haver algumas diferenças principiológicas entre a concordata preventiva e a recuperação judicial, **é certo que tanto uma quanto a outra voltam seus olhos ao empresário ou sociedade empresária que estiver em crise econômica ou financeira**, desde que, por óbvio, seja viável a superação dessa situação anormal.

Por conseguinte, **o fato de ser necessária a demonstração de viabilidade econômica do empreendimento, para fins de requerer a concordata ou recuperação, não afasta a fragilidade econômica da empresa concordatária ou recuperanda. Viabilidade e fragilidade econômica, embora, num primeiro momento, possam parecer conceitos que se excluem, são, na verdade, requisitos que devem estar presentes concomitantemente.** Nesse sentido, destaca-se, por oportuno, o ensinamento de José da Silva Pacheco:

'Demonstrando essa conjuntura difícil e a viabilidade de restaurar a normalidade, pode o empresário ou sociedade empresária pleitear a recuperação judicial.' (Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 12).

Desse modo, **assiste razão ao Tribunal de origem, que, atento à especial dificuldade de acesso ao Judiciário que advirá à empresa recorrida, economicamente mais frágil – que se verá obrigada a sair de Curitiba, onde tem a sua sede, para litigar no município distante de Belém do Pará –, declarou nula a cláusula de eleição de foro**, sem antes deixar de consignar não verificar qualquer prejuízo à CEF em ter a ação processada na Subseção Judiciária de Curitiba, considerando-se a sua abrangência nacional.”

Nada custa registrar também enxertos do voto que o Ministro MASSAMI UYEDA proferiu naquele julgamento:

“...o pondo nodal da questão é a caracterização do termo "dificuldade de acesso ao Judiciário ". **Não há como negar que esse termo está intrinsecamente ligado à capacidade financeira da pessoa jurídica.**

In casu, o pedido de concordata pleiteado pela ENGENHARE CONSTRUÇÕES CIVIS LTDA. reflete a sua situação econômica, uma vez que esse benefício legal tem por finalidade proporcionar a remissão parcial dos débitos ou a dilação do vencimento das obrigações devidas pelo comerciante, objetivando a reestruturação da empresa, sem a paralisação das suas atividades.

Determinar que a concordatária ajuíze ação na Seção Judiciária do Pará, acabará por inviabilizar o seu acesso ao Judiciário.”

Pois bem. Transportando, para cá, as conclusões tomadas pelo STJ (que compartilho), entendo que, embora a Agravada já tenha ocupado posição de destaque entre as grandes construtoras e empreiteiras do País, seu momento atual é de crise econômico-financeira – momento este judicialmente reconhecido pelo próprio deferimento de pedido de recuperação judicial.

Por conseguinte, nem o histórico de obras e clientes da Agravada, nem o expressivo valor **nominal** de seu capital social, tem o efeito de afastar a realidade, judicialmente reconhecida, de que seu instante hodierno é de fragilidade econômica. Assim não fosse, certamente a Agravante não estaria exposta a um processo de recuperação judicial, que, de partida, é inegavelmente maculador da sua imagem no mercado.

Mas, avançando, uma vez que esteja enfrentando um processo de recuperação judicial, é verdadeiramente factível que a Agravada encontrará dificuldades de acesso ao Judiciário caso tenha que litigar com a Agravante na longínqua Comarca de São Paulo. E a virtualização processual, diferentemente do que argumentou a Agravante, não tem o condão de alterar essa conclusão. Basta lembrar que há atos processuais cuja prática ainda não é suportada pelo processo virtual, e, que, portanto, reclamam a presença física dos litigantes perante o juízo processante.

Por estes fundamentos, entendo acertada a decisão vergastada no ponto em que afastou o foro de eleição contido nos contratos em revisão na origem, fixando, por conseguinte, a competência do foro da Comarca de Jaguaruana/CE, em que domiciliada a Agravada, para processar e julgar a ação revisional de onde adveio o decisum impugnado. Foi o que decidiu o Tribunal de Justiça de Mato Grosso, quando, instado a julgar espécie semelhante, produziu a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA OPOSTA EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. REVENDEDORA DE PEÇAS E PRODUTOS. PESSOA JURÍDICA. **AÇÃO AJUIZADA NO FORO DE DOMICÍLIO DA EMPRESA/AUTORA.** EXCEÇÃO PROCEDENTE. IRRESIGNAÇÃO DA EXCEPTA/AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DO DIPLOMA CONSUMERISTA. ATIVIDADE MEIO. **EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DEBILIDADE ECONÔMICA. DIFICULDADE DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO.** DECISÃO ANULADA- AGRAVO PROVIDO.

Consoante precedentes do STJ, se a pessoa jurídica se vale dos produtos e serviços adquiridos junto às agravadas visando lucro a fim de fomentar sua atividade produtiva, não há falar-se em relação de consumo abrangida pelo

código de defesa de consumidor. **A condição de empresa em recuperação judicial, por significar uma maior fragilidade econômica, dificulta o acesso à justiça e ao exercício do direito de defesa perante o foro livremente eleito, quando esse não seja o da sede da recuperanda.**

(TJ-MT; AI 38954/2013; Sorriso; Segunda Câmara Cível; Rel^a Des^a Marilsen Andrade Addário; Julg. 04/09/2013; DJMT 12/09/2013; Pág. 19)

Mas, prosseguindo, tenho para mim que a competência do Juízo a quo é reforçada pela constatação de que a causa de origem é, sim, “continente” (e não conexa) em relação à “contida” ação de embargos à execução que outrora (e já não mais) tramitou no foro de eleição (São Paulo/SP).

É que, enquanto a ação de embargos à execução refere-se a apenas um dos contratos em que a Agravada figura como responsável solidária perante à Agravante, a ação revisional, por sua vez, presta-se à revisão daquele e de outro instrumento contratual também celebrado entre as mesmas partes. É dizer: o objeto da revisional, por ser mais amplo (continente), abrange o objeto da ação de embargos à execução (contido) – isto sem olvidar da clara comunhão de partes e de causa de pedir.¹ Em casos que tais, assim tem decidido o STJ:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE HIPOTECA E PENHORA C/C DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA. CONTINÊNCIA. PREVENÇÃO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO FORO DA SITUAÇÃO DO IMÓVEL. INEXISTÊNCIA. (...)

4. Para que haja uma relação de continência entre demandas, é necessário, nos termos do art. 104 do CPC, que o objeto de uma delas, por ser mais amplo, abranja o da outra, além da verificação da identidade das partes e da causa de pedir. 5. Se reconhecida a continência entre as ações, realmente não se pode adotar o critério

1 **Art. 104.** Da-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

da prevenção para determinar a reunião dos processos. O juízo em que tramite a causa continente é que deverá julgar a causa contida. (...) 9. Recurso especial não provido.

(REsp 1051652/TO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 03/10/2011)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ERRO DE FATO INCAPAZ DE ALTERAR A DECISÃO. CONTINÊNCIA PREVENÇÃO. INEXISTÊNCIA. REUNIÃO DAS AÇÕES. IMPOSSIBILIDADE, APÓS O SENTENCIAMENTO DE UMA DELAS. SÚMULA 235/STJ. SENTENÇAS CONFLITANTES. EFICÁCIA DA SENTENÇA PROFERIDA PRIMEIRO E NOS AUTOS DA CAUSA CONTINENTE. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. (...)

- **Se há duas ações com continência por uma, a causa maior, causa continente, sempre chamará para si a competência, sem ter de prevenir.** (...) Embargos de declaração acolhidos para aclarar erro de fato.”

(EDcl nos EDcl no REsp 681.740/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2006, DJ 05/02/2007, p. 219)

No plano das Cortes Estaduais, o pensamento corrente no STJ encontra irrestrito assento, sendo reproduzido em espécies bastante semelhantes à presente. *Exempli gratia*, cito os seguintes arestos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Embargos à execução. Cédula de crédito bancário. **Ação revisional questionando todos os contratos que transitaram pela conta corrente do gravado.** Conexão e continência. **Configuração de continência em virtude da maior amplitude do objeto da ação revisional.** **Apensamento necessário.** Decisão mantida. Recurso desprovido.

(TJ-PR; Ag Instr 1162505-9; Paranavá; Décima Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Octavio Campos Fischer; DJPR 24/06/2014; Pág. 293)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Embargos. Conexão entre as demandas de execução, embargos e revisional, declinando a competência para o juízo preventivo. Agravo interposto pelo embargado. **Configuração, no caso, de continência, visto que o objeto da revisional é mais amplo que o dos embargos do devedor, pois abrange outras cédulas.** Idêntica conseqüência prevista no art. 105 do CPC, qual seja, a reunião dos feitos a fim de se evitar decisões conflitantes. Decisão mantida. Recurso conhecido e não provido.

(TJ-PR; Ag Instr 1144853-2; Umuarama; Décima Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Edgard Fernando Barbosa; DJPR 28/03/2014; Pág. 255)

Foram estes, aliás, os mesmos fundamentos de que se utilizou o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo para reconhecer a competência do foro da Comarca de Jaguaruana/CE para processar e julgar a ação executiva (**de um dos contratos em revisão na origem**) e os respectivos embargos à execução em que contendem Agravante e Agravada. Incluo trechos do voto condutor do acórdão referente ao agravo de instrumento n.º 2049981-76.2014, de relatoria do Des. Melo Colombi:

“Em verdade, trata-se de continência e não de conexão, haja vista que o objeto da ação revisional, por ser mais amplo, abrange o da execução embargada.

De outro lado, não se estará impedindo o credor de executar o seu débito. Porém, evidentemente que eventuais alterações nas cláusulas contratuais poderão repercutir no montante devido. Caso

em que a execução, solucionados os embargos e a revisional, prosseguirá pelo valor efetivamente devido.

(...)

A única observação a se fazer é a de que a regra da prevenção tem aplicação apenas nas hipóteses de causas conexas, em que os juízes têm a mesma competência territorial (art. 106). **Em casos de continência, a causa maior é que chama para si a competência, independente de qual foi despachada primeiro.** Nesse sentido: STJ-3ª T., REsp 681.740-EDcl-EDcl, Min. Nancy Andrichi, j. 14.12.06, DJU 5.2.07.”

(Agravo de Instrumento n.º 2049981-76.2014, cujo acórdão encontra-se reproduzidos às págs. 626-630 destes autos)

Registro que o acórdão a que se refere o voto acima transcrito foi alvo de embargos de declaração, em cujo voto condutor do julgamento respectivo o mesmo Des. Melo Colombi anotou o seguinte:

“A entidade financeira executa o saldo devedor originado de créditos concedidos com a celebração de contrato de financiamento imobiliário, ocorrida em 21.12.2010, no valor de R\$ 44.494.021,76 (fls. 67/73 do agravo). Fica retificado, nesse passo, as informações equivocadas registradas na decisão embargada. Já a ação ordinária, em trâmite na Comarca de Jaguaruana/CE, tem por escopo a revisão deste e de outro contrato firmados entre as partes. **Em razão disso, a Turma Julgadora manteve a decisão que determinou a remessa dos autos para a Comarca de Jaguaruana/CE, reconhecendo a hipótese de continência. E tal entendimento fica mantido, apesar da invocada cláusula de eleição de foro. Isso em razão da condição de recuperanda da coexecutada (garante) EIT Empresa Industrial e Técnica S/A, que mantém sua sede no Estado do Ceará.** (A devedora principal é sediada no Estado do Maranhão, e não se insurgiu contra a decisão a agravada, e nem contra aquela proferida na ação revisional, que suspendeu os efeitos da cláusula de eleição de foro).”
(Embargos de Declaração n.º 2049981-76.2014/50001, cujo acórdão encontra-se reproduzidos às págs. 632-637 destes autos)

Vê-se, portanto, que, sem prejuízo da acertada relativização da cláusula de eleição do foro da Comarca de São Paulo/SP e da conseqüente fixação da competência do foro da Comarca de Jaguaruana/CE para o processo e o julgamento da ação revisional (e isto, de per si, já resolve a questão), sobressai ainda a continência havida entre a demanda revisional e a execução embargada, **afastando o critério de prevenção para a reunião das ações em comento.**

Uma vez que a ação revisional é “contínente” em relação à “contida” execução embargada, tais ações devem ser julgadas pelo juízo em que tramita a causa continente, ou seja, pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Jaguaruana, em que tem domicílio a Agravada.

Em resumo até aqui: **primeiro**, tem-se a fixação da competência do foro da Comarca de Jaguaruana/CE em razão da relativização da cláusula de eleição do foro da Comarca de São Paulo, ocorrida face à reconhecida hipossuficiência da Agravada (que enfrenta processo de recuperação judicial); **segundo**, ressaí a força atrativa da causa continente (revisional), que chama a causa contida (execução embargada) para julgamento pelo mesmo Juízo da Vara Única da Comarca de Jaguaruana/CE. Tanto é assim que neste exato sentido também decidiu, no que lhe competia, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Contudo, ainda há um terceiro argumento: segundo a pacífica jurisprudência do STJ, o juízo que processa a recuperação judicial é o competente para processar e julgar as causas em que envolvam interesses e bens da empresa recuperanda. Confirmam:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CARÁTER INFRINGENTE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E JUÍZO TRABALHISTA. LEI N. 11.101/05. PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DOS DEMAIS CREDORES. MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO E A MANUTENÇÃO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...)

2. **A controvérsia posta nos autos encontra-se sedimentada no âmbito da Segunda Seção desta Corte, que reconhece ser o Juízo onde se processa a recuperação judicial o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda, inclusive para o prosseguimento dos atos de execução, relativa a fatos anteriores ao deferimento da recuperação judicial, devendo, portanto, se submeter ao plano, sob pena de inviabilizar a recuperação.** Precedentes. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento. (EDcl no CC 129.226/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/04/2014, DJe 28/04/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL.

1. **O juízo onde se processa a recuperação judicial é o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens de empresas recuperandas.**

2. **O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de execução devem-se submeter ao juízo universal.** 3. A Lei n. 11.101/2005 visa a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, a teor de seu art. 47. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no CC 119.203/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 03/04/2014)

Por conseguinte, seja porque a hipossuficiência natural às empresas recuperandas tem o efeito de afastar o foro de eleição (quando diverso do foro do domicílio da recuperanda); seja porque não se está diante de conexão entre a ação revisional e a execução embargada, mas, sim, de continência, com a conseqüente atração da causa contida (execução embargada) para o juízo da causa continente (revisional); seja, enfim, porque o juízo onde se processa a recuperação, simplesmente, é o competente para julgar causas que envolvem interesses e bens da recuperanda, prevalece, por qualquer argumento, a competência do Juízo da Vara Única da Comarca de Jaguaruana/CE para processar e julgar a ação revisional de origem.

São estes os fundamentos que me conduzem a desprover o recurso nessa parte já analisada.

Por fim, no que se refere ao remanescente recursal, que visa a nulidade do decisum no ponto em que firmou a competência exclusiva do Juízo a quo para deliberar sobre eventual constrição patrimonial da Agravada, entendo que melhor sorte não assiste a Agravante.

Primeiramente, é preciso observar que o contrato em execução e em revisão perante o Juízo de origem, e sobretudo as respectivas obrigações de pagamento nele assumidas pela Agravada, são anteriores

ao deferimento do pedido de recuperação judicial. De efeito, ao passo em que o mencionado contrato foi celebrado em 21/12/2010, o pleito de recuperação restou deferido em 23/05/2011. Neste ponto, é pertinente a inclusão do seguinte precedente, extraído da jurisprudência do STJ:

DIREITO FALIMENTAR. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADO. SÚMULANº283/STF.CLASSIFICAÇÃO DE CRÉDITOS. ATOS JURÍDICOS PRATICADOS DEPOIS DE DEFERIDO O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE AUTOFALÊNCIA FORMULADO EM MOMENTO ANTERIOR À APRESENTAÇÃO DO PLANO DE REERGUMENTO DA EMPRESA. RECONHECIMENTO DA NATUREZA EXTRACONCURSAL DOS CRÉDITOS. ARTIGOS ANALISADOS. 47, 52, 67 E 84 DA LEI Nº 11.101/2005. (...)

4- **O ato que deflagra a propagação dos principais efeitos da recuperação judicial é a decisão que defere o pedido de seu processamento.** (...) 7- Recurso Especial parcialmente provido.

(Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 1.398.092; Proc. 2013/0265793-2; SC; Terceira Turma; Relª Minª Nancy Andriahi; DJE 19/05/2014)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. OBSCURIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 49 DA LFR (LEI 11.101/2005). SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES CONTRA O DEVEDOR. TERMO INICIAL. DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO COM EFEITOS "EX NUNC". EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. A regra do art. 49 da Lei 11.101/2005 merece interpretação sistemática. **Nos termos do art. 6º, caput, da Lei de Falências e Recuperações Judiciais, é a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial que todas as ações e execuções em curso contra o devedor se suspendem.** Na mesma esteira, diz o art. 52, III, do referido diploma legal que, estando a documentação em termos, o Juiz deferirá o processamento da recuperação

judicial e, no mesmo ato, ordenará a suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor. (...) 6. Embargos de declaração acolhidos, para sanar obscuridade, sem efeitos infringentes.

(EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no CC 105.345/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/11/2011, DJe 25/11/2011)

De volta ao caso dos autos, certo que a dívida contraída pela Agravada o foi em instante anterior ao momento em que deferido seu pedido de recuperação judicial, sobressai que a mencionada dívida é “concurisal”, sujeitando-se, pois, aos efeitos da recuperação judicial.

Por consequência, tanto o trâmite da ação executiva, como, sobretudo, eventuais restrições destinadas à satisfação do crédito, restam **automaticamente** sujeitas à recuperação judicial e, assim, ao crivo do respectivo juízo processante. A propósito, cabe reprimir o seguinte aresto do STJ:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CARÁTER INFRINGENTE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E JUÍZO TRABALHISTA. LEI N. 11.101/05. PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DOS DEMAIS CREDORES. MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO E A MANUTENÇÃO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...)

2. A **controvérsia posta nos autos encontra-se sedimentada no âmbito da Segunda Seção desta Corte, que reconhece ser o Juízo onde se processa a recuperação judicial o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda, inclusive para o prosseguimento dos atos de execução, relativa a fatos anteriores ao deferimento da recuperação judicial, devendo, portanto, se submeter ao plano, sob pena de inviabilizar a recuperação.**

Precedentes. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento. (EDcl no CC 129.226/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/04/2014, DJe 28/04/2014)

Partindo desse entendimento, o egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo proferiu o seguinte e emblemático precedente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO NÃO INCLUÍDO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO INDIVIDUAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS NA EXECUÇÃO INDIVIDUAL. IMPOSSIBILIDADE. HABILITAÇÃO DO CRÉDITO. ÔNUS DO CREDOR. NATUREZA ALIMENTAR DE PARTE DA VERBA EXECUTADA. CRITÉRIO RELEVANTE APENAS PARA CLASSIFICAÇÃO DO CRÉDITO. RECURSO PROVIDO.

1. O artigo 49 da Lei nº 11.101/2005 estabelece que se sujeitam à recuperação judicial todos os créditos existentes à época do pedido, ainda que não vencidos. 2. **Admitir o processamento de execuções individuais de créditos que, segundo o artigo 49 da Lei nº 11.101/2005, deveriam se submeter ao plano de recuperação judicial já aprovado implica na prática de privilegio não previsto em Lei e que, se efetivado, pode gerar grande prejuízo àqueles credores que se submeteram ao referido acordo para evitar a quebra da empresa, ferindo de morte a regra da par conditio creditorum. 3. É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que, após aprovado o plano de recuperação judicial, apenas o juízo em que tramita o referido pedido detém competência para tomar medidas de constrição e de venda de bens integrantes do patrimônio da empresa, sujeitos ao plano de recuperação. (...) 6. Recurso provido.**

(TJ-ES; AI 0040161-31.2012.8.08.0035; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Telemaco Antunes de Abreu Filho; Julg. 27/05/2013; DJES 05/06/2013)

Retornando ao caso destes autos, tenho que o plano de recuperação da Agravada foi aprovado/homologado por decisão publicada em 07/06/2013 (p. 616), após o que, por conseguinte, apenas o Juízo da Vara Única da Comarca de Jaguaruana/CE passou a ter competência para deliberar a respeito de constrações sobre o patrimônio da Agravada – isto a despeito de qualquer pedido daquela neste sentido. Trata-se de uma consequência lógica.

Uma vez deferido o pedido de recuperação judicial e aprovado o plano de recuperação, **nem mesmo** em sede de execução fiscal (que não se sujeita à regra de suspensão processual prevista no caput do art. 6º, da Lei 11.101/2005) admite-se a realização de construção de forma alheia ao processo de recuperação e ao crivo do respectivo juízo processante. É o entendimento do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO REGIMENTAL
- CONFLITO DE COMPETÊNCIA - **JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E JUÍZO FEDERAL EM QUE TRAMITA EXECUÇÃO FISCAL** - PEDIDO LIMINAR - DEFERIMENTO - SUSPENSÃO DOS ATOS EXPROPRIATÓRIOS DETERMINADOS PELA JUSTIÇA FEDERAL NO BOJO DE EXECUÇÃO FISCAL, SOB PENA DE OBSTAR O SOERGUMENTO DA EMPRESA EXECUTADA QUE TEVE EM SEU FAVOR O DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL - DETERMINAÇÃO DE PENHORA DOS BENS DA RECUPERANDA (INCLUSIVE COM RESTRIÇÃO DE INDISPONIBILIDADE) - **SOBRESTAMENTO** - **NECESSIDADE** - COMPETÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO - VERIFICAÇÃO - PRECEDENTES - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - INOCORRÊNCIA - INTERPRETAÇÃO DE LEI INFRACONSTITUCIONAL, TÃO-SOMENTE - RECURSO IMPROVIDO
I - A controvérsia instaurada no conflito de competência reside em **saber se a determinação de penhora, no bojo da execução fiscal, sobre os bens da empresa executada, que teve em seu favor a homologação judicial de sua recuperação judicial, tem, ou não, o condão de imiscuir-se na competência do Juízo da Recuperação**

Judicial. Nessa medida, levando-se em conta que referida decisão repercute, inequivocamente, sobre patrimônio de empresa em recuperação judicial, sobressai, nos termos do artigo 9º, § 2º, IX, do Regimento Interno, a competência da Segunda Seção para processamento e julgamento do feito - Precedentes. II - **De acordo com o recente posicionamento perfilhado pela colenda Segunda Seção desta a. Corte, embora a execução fiscal não se suspenda em razão do deferimento da recuperação judicial da empresa executada, são vedados atos judiciais que importem a redução do patrimônio da empresa, ou exclua parte dele do processo de recuperação, sob pena de comprometer, de forma significativa, o soerguimento desta.** Assim, sedimentou-se o entendimento de que "**a interpretação literal do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05 inibiria o cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado, tendo em vista o prosseguimento dos atos de constrição do patrimônio da empresa em dificuldades financeiras**" (ut CC 116213/DF, Relator Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJe 05/10/2011); (...) IV - Recurso improvido. (AgRg no AgRg no CC 120.644/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 01/08/2012)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS POR MEIO DO SISTEMA BACEN-JUD DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. QUITAÇÃO DO CRÉDITO FALIMENTAR SERÁ DEFERIDA EM MOMENTO OPORTUNO PELO JUÍZO FALIMENTAR. **PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.** PRECEDENTES DESTA EGRÉGIA CORTE SUPERIOR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO. (...)

2. Esta egrégia Corte Superior firmou entendimento de que **apesar de a Execução Fiscal não se suspender em face do deferimento do pedido de recuperação judicial (art. 6º., § 7º. da Lei 11.101/05, art. 187 do CTN e art. 29 da Lei 6.830/80), submetem-se ao crivo do juízo universal os atos de alienação voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação, em**

homenagem ao princípio da preservação da empresa.

(...) 4. Agravo Regimental da FAZENDA NACIONAL desprovido.

(AgRg no REsp 1453496/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 29/09/2014)

Uma vez mais trasladando, para estes autos, as conformes conclusões adotadas pelo STJ em casos relativamente símiles, tenho para mim que a decisão impugnada, ao declarar a competência exclusiva do Juízo a quo para deliberar sobre eventual constrição patrimonial da Agravada, acabou passando ao largo de qualquer nulidade. Pelo contrário, apenas pronunciou, no feito revisional, uma realidade logicamente decorrente da homologação do plano de recuperação judicial, cujo cumprimento restaria obviamente impossibilitado se todo e qualquer juízo pudesse dispor do patrimônio da recuperanda.

Vale dizer: ainda que o Juízo a quo não tivesse assentado, no corpo da decisão agravada, sua competência exclusiva para deliberar sobre eventual constrição patrimonial da Agravada, ainda assim essa competência prevaleceria, porquanto, repito, naturalmente decorrente da homologação do plano de recuperação judicial da Agravada, ocorrido no seio do mesmo Juízo a quo.

Em conclusão: a competência exclusiva do Juízo a quo para eventuais constrições sobre o patrimônio da Agravada é decorrência lógica da homologação do seu plano de recuperação judicial, independentemente de qualquer pedido expresso ou implícito neste sentido.

Mas, a par de tais veridicidades, certo que o próprio Juízo do foro da Comarca de São Paulo/SP (foro de eleição) declinou a competência para processar e julgar a execução embargada em favor do foro da Comarca de Jaguaruana/CE (foro do domicílio da Agravada, onde tramita seu processo de recuperação judicial), entendo que, nesta parte em análise, o recurso poderia ser dado como prejudicado.

É que, uma vez firmada a competência do Juízo a quo para processar e julgar a execução embargada, mais do que nunca os eventuais atos de constrição patrimonial estão sob sua competência jurisdicional exclusiva – dando margem para conclusões em torno do esvaziamento da presente discussão.

Consequentemente, ainda que este Juízo acolhesse os argumentos da Agravante, e, assim, concluísse que aquela deliberação afrontou o princípio da congruência (o que admito apenas em exercício de dialética especulativa), nem nesta hipótese seria o caso de prover este agravo, mas apenas de, eventualmente, reconhecer sua parcial perda de objeto.

E assim é que, por todo o exposto, e seguindo a trilha da uníssona jurisprudência nacional, inclusive egressa do Superior Tribunal de Justiça, voto pelo conhecimento do recurso, desprovendo-o, de modo a manter incólume a decisão vergastada.

É como voto.

Fortaleza, 3 de novembro de 2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0622628-63.2014.8.06.0000

AGRAVANTE: MARIA DA PAZ ROCHA SILVA

AGRAVADO: INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA

RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REQUISICÃO DE PEQUENO VALOR – RPV. FIXAÇÃO. 30 SALÁRIOS-MÍNIMOS. PORTARIA Nº. 684/2012 TJCE. ART. 87 DO ADCT. EXPEDIÇÃO INDIVIDUAL DO PRECATÓRIO. RESOLUÇÃO Nº. 10/2011 DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TJCE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Os Agravantes alegam que os créditos, devidos pelo Instituto de Previdência do Município de Fortaleza – IPM, deveriam ser pagos pelo regime de requisição de pequeno valor - RPV, impossibilitando-se a tramitação do adimplemento dos créditos através do regime ordinário dos precatórios, previsto no art. 100, caput, da Constituição Federal.

2. O Tribunal de Justiça estabeleceu, através da Portaria nº. 684/2012, de 30 de abril de 2012, que o valor estipulado às requisições de pequeno valor, a serem adimplidas pelo Municípios do Estado do Ceará, delimita-se em 30 (trinta) salários mínimos, salvo disposição legislativa municipal em contrário.

3. O Município de Fortaleza vem pagando, a título de requisição de pequeno valor, o limite de 30 (trinta) salários mínimos estabelecidos pelo art. 87 do ADCT, desde a edição da Emenda

Constitucional nº 37, em 12 de junho de 2002.

4. Acresça-se, ainda, que a Resolução nº 10/2011, de 3 de novembro de 2011, com as alterações derivadas das Resoluções nº 14 e 15 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, publicada no DJe de 2 de Dezembro de 2011, ao disciplinar o processamento dos precatórios-requisitórios e requisições de pequeno valor, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em seu art. 9º, prevê, que: “Os precatórios deverão ser expedidos individualmente, por credor, ainda que haja litisconsórcio, mediante o preenchimento de formulário próprio (...)”.

5. A decisão prolatada pode causar lesão grave e de difícil reparação aos agravantes, ao passo que o crédito devido adequa-se ao regime de pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas previsto no art. 100, §3, da Constituição Federal, culminado com o art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

6. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e dar provimento ao Agravo de Instrumento nº. 0622928-63.2014.8.06.0000, tudo nos termos do voto da Des. Relatora.

Fortaleza, 26 de novembro de 2014

RELATÓRIO

Cogita-se de agravo de instrumento interposto por Maria da Paz Rocha Silva, Maria Zilmar dos Santos e Thiago Câmara Loureiro, todos

em contrariedade a decisão prolatada pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza – CE, que determinou o pagamento do crédito dos agravantes através do regime precatório.

Em sua minuta (fls. 01/14), os Agravantes afirmam serem servidores municipais, tendo ingressado com ação ordinária visando sustar a cobrança de contribuições previdenciárias em atraso e, ainda, reaver as parcelas previdenciárias devidas. Informam que obtiveram êxito na aludida demanda, sendo o valor total apurado para os três exequentes em R\$ 18.300,33 (dezoito mil e trezentos reais e trinta e três centavos). Dissertam que ao homologar os cálculos apresentados, o Magistrado de plano determinou o pagamento através da expedição de precatório.

Asseveram que a decisão não possui amparo legal, pois os valores devidos adequam-se ao regime de requisição de pequeno valor - RPV, ao passo que no Município de Fortaleza aplica-se o limite de 30 (trinta) salários mínimos para pagamento de créditos desta espécie.

Apresentam diversas resoluções e portarias do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará sobre em tema em lume.

Ao término, requerem a tramitação preferencial do feito, por serem comprovadamente idosos na forma da lei, assim como requisitam os benelácitos da justiça gratuita. Pleiteiam, também, liminarmente, a suspensão da decisão agravada, de modo a determinar o pagamento através do rito da requisição de pequeno valor, vez que os créditos são todos inferiores a 30 salários mínimos.

Através de decisão interlocutória que repousa às fls. 269/275, deferi a suspensão requestada, de modo a determinar o pagamento do crédito aos Agravantes, e na oportunidade, requisitou os informes ao Juízo a quo, bem como determinou a parte Agravada prazo para contraminutar o presente recurso, e instou o Órgão Ministerial a apresentar seu parecer.

A decisão supramencionada fora publicada no Diário de Justiça Eletrônico, porém, a parte adversa nada apresentou ou requereu nos autos, deixando ultrapassar o prazo legal, cf. fl. 279.

O Juízo *a quo*, mesmo após cientificado do feito, deixou de apresentar as informações solicitadas no prazo legal, cf. fl. 280.

Solicitado a manifestar-se nos autos, a Exma. Procuradora de Justiça Suzanne Pompeu Sampaio Saraiva, deixa de opinar sobre o mérito

da presente querela, por entender inexistir interesse do *Parquet* sobre a presente demanda.

Inexistindo revisão na espécie, em conformidade com art. 34, §3º, do RITJCE, remetam-se os autos à Presidência da 2ª Câmara Cível, para fins de inclusão na primeira pauta, de acordo com art. 33, II, do RITJCE.

VOTO

De início, tenho por presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de recorribilidade, pelo que a via recursal em exame encontra-se em plena aptidão formal para ser processada.

Observando as premissas fáticas e probatórias apresentadas nos autos afiguram-se presentes os requisitos necessários ao deferimento do requesto pois se antevê, *in casu*, os pressupostos necessários - decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação – conforme art. 522 da Lei processual de regência.

Mesmo a parte omitindo-se em apresentar manifestações sobre o recurso ora ajuizado, permaneço com o mesmo entendimento esposado em sede de análise preliminar, uma vez constatado que a decisão impugnada divorciou-se do arcabouço normativo que, em tese, deveria ser aplicável à espécie.

Os Agravantes alegam que os créditos, devidos pelo Instituto de Previdência do Município de Fortaleza – IPM, deveriam ser pagos pelo regime de requisição de pequeno valor - RPV, impossibilitando-se a tramitação do adimplemento dos créditos através do regime ordinário dos precatórios, previsto no art. 100, *caput*, da Constituição Federal.

No que pertine ao processamento das requisições de pequeno valor no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Ceará, vale transcrever, para melhor cognição do caso em tela, o art. 2º da Portaria nº. 684/2012, de 30 de abril de 2012, publicada no DJe de 2 de maio de 2012.

Art. 2º. Considera-se Requisição de Pequeno Valor – RPV aquela relativa a crédito cujo valor atualizado, no momento da expedição da requisição, por beneficiário, seja igual ou inferior a:

I – sessenta (60) salários mínimos, se a devedora for a Fazenda federal (art. 17, § 1º, da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001);

II – quarenta (40) salários mínimos, ou o valor definido em lei local, sendo devedora a Fazenda estadual (art. 87, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), valor que, no caso do Estado do Ceará, é de R\$ 5.100,00 (cinco mil e cem reais);

III – **trinta (30) salários mínimos ou o valor estipulado pela legislação do ente devedor municipal, não podendo a lei fixar valor inferior ao do maior benefício do Regime Geral de Previdência Social** (art. 87, inciso II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) (grifos nossos).

Como acima destacado, o Tribunal de Justiça estabeleceu que o valor estipulado às requisições de pequeno valor, a serem adimplidas pelos Municípios do Estado do Ceará, delimita-se em 30 (trinta) salários mínimos, salvo disposição legislativa municipal em contrário.

Esclareça-se, também, que o Município de Fortaleza vem pagando, a título de requisição de pequeno valor, o limite de 30 (trinta) salários mínimos estabelecidos pelo art. 87 do ADCT, desde a edição da Emenda Constitucional nº 37, em 12 de junho de 2002.

Acresça-se, ainda, ao dispositivo legal acima elencado, que a Resolução nº 10/2011, de 3 de novembro de 2011, com as alterações derivadas das Resoluções nº 14 e 15 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, publicada no DJe de 2 de Dezembro de 2011, ao disciplinar o processamento dos precatórios-requisitórios e requisições de pequeno valor, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em seu art. 9º, prevê, quanto a expedição de precatório por credor, o seguinte:

Art. 9º. Os precatórios deverão ser expedidos individualmente, por credor, ainda que haja litisconsórcio, mediante o preenchimento de formulário próprio, descrito no Anexo Único da presente Resolução.

§ 1º. Se o advogado quiser destacar do montante da condenação o que lhe couber, por força de honorários contratuais, na forma disciplinada pelo art. 22, § 4º, da Lei 8.906/1994, deverá promover a juntada aos autos do respectivo contrato, antes da apresentação do precatório.

§ 2º. Ao advogado será atribuída a qualidade de beneficiário do precatório quando se tratar de honorários sucumbenciais ou contratuais (grifos nossos).

Por tudo acima exposto, vislumbra-se que a decisão prolatada pode causar lesão grave e de difícil reparação aos agravantes, ao passo que o crédito devido adequa-se ao regime de pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas previsto no art. 100, §3, da Constituição Federal, culminado com o art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Por estas razões, CONHEÇO do recurso manejado, para DAR-LHE PROVIMENTO determinando que o pagamento do crédito devido aos Agravantes obedeça ao disposto na Portaria nº. 684/2012, de 30 de abril de 2012, bem como à Resolução n. 10/2011, de 3 de novembro de 2011, ambas provenientes do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, de modo a adequar o regime de pagamento dos valores devidos à requisição de pequeno valor – RPV.

É como voto.

Fortaleza, 26 de novembro de 2014

PROCESSO: 0626890-94.2014.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: BANCO MERCEDES BENZ DO BRASIL S/A
AGRAVADO: FRANCISCO ELICELIO VASCONCELOS – ME
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. BEM NÃO ENCONTRADO. DECISÃO QUE INDEFERE ELABORAÇÃO DE OFÍCIOS AOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DESVIO DE FUNÇÃO. PROCEDIMENTO REGULAR DE FISCALIZAÇÃO. PROVIDÊNCIA INSERIDA NO PODER GERAL DE CAUTELA. EFETIVIDADE DO MANDATO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A presente lide gira em torno da impugnação da decisão oriunda do Juízo da Vara Única da Comarca de Bela Cruz, que indeferiu o pedido de expedição de ofícios aos órgãos de fiscalização policial a fim de apreender o veículo, objeto do contrato fiduciário, e cuja liminar de busca e apreensão fora concedida anteriormente pelo Juízo *a quo*.

2. Em exame ao conjunto probatório encartado aos autos me parecem razoáveis as alegações do agravante, pois não se observa, no caso em epígrafe, desvio de função dos Órgãos de segurança pública e fiscalização do trânsito.

3. Ressalte-se que os Órgãos especificados não devem atuar como agentes de interesses privados, de modo a diligenciarem em excesso de suas atividades padronizadas para encontrar o aludido automóvel, mas somente devem reportar

ao Juízo de origem a localização do veículo, após o procedimento regular de fiscalização e apreensão do bem, garantindo-se a plena efetividade do mandado de reintegração de posse em favor da parte agravante, através do poder geral de cautela.

4. Deve-se reformar a decisão vergastada para determinar a expedição de ofícios aos Órgãos da Polícia Rodoviária Estadual, Polícia Rodoviária Federal, Delegacia de Roubos de Veículos e Cargas - DFRV e Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN/CE, comunicando-lhes a restrição imposta sobre o bem, através da concessão da medida liminar de busca e apreensão do veículo especificado e, acaso haja retenção do automóvel, que os referidos Órgãos públicos comuniquem imediatamente ao Juízo de origem.

5. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e dar provimento ao agravo de instrumento nº. 0626890-94.2014.8.06.0000, tudo nos termos do voto da Des. Relatora.

Fortaleza, 20 de maio de 2015

RELATÓRIO

Cogita-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco Mercedes Benz do Brasil S/A em face de Francisco Elicélio Vasconcelos - ME visando impugnar decisão oriunda do Juízo da Vara Única da Comarca de Bela Cruz, que indeferiu o pedido de expedição de ofícios aos órgãos de fiscalização policial a fim de apreender o veículo objeto do contrato fiduciário.

Nas razões de fls. 01/14, o agravante sustenta que ajuizou ação de busca e apreensão contra a empresa agravada, após a mesma ter sido constituída em mora. Disserta que após a concessão da medida liminar de busca e apreensão do bem em litígio, o oficial de justiça não conseguiu localizar o veículo. Destaca que foi solicitado ao Juízo a localização do mesmo, acaso fosse apreendido pela Polícia Rodoviária Federal ou Estadual, Delegacia de Furtos e Roubos e pelo Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN-CE, contudo tal pretensão foi denegada pelo Magistrado. Alega que não houve a intenção de solicitar às instituições públicas a localização do bem, mas somente proporcionar ao credor os meios adequados para a almejada tutela jurisdicional. Discorre que o Poder Judiciário deve conceder eficácia às suas decisões, e que a apreensão do veículo, acaso localizado através de alguma fiscalização, não ofende o papel das instituições públicas de segurança, existindo diversos precedentes desta Corte a conceder a tutela requerida.

Ao término, roga o recebimento do instrumental para que lhe seja atribuído o efeito ativo de modo a determinar, liminarmente, a expedição de ofícios a Polícia Rodoviária Estadual, Polícia Rodoviária Federal, Delegacia de Roubos de Veículos e Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN/CE.

Documentos às fls. 15/87.

Às fls. 92/96 proferi decisão interlocutória no sentido de deferir a antecipação de tutela recursal pretendida pelo agravante.

Informações prestadas pelo Juízo *a quo*, às fls. 100/102.

Através de certidão emitida pelo Serviço de Recursos da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, fl. 106, informa-se a devolução da carta de intimação da parte agravada sem atingir, contudo, a sua finalidade.

É o relatório.

VOTO

De início, tenho por presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de recorribilidade, pelo que a via recursal em exame encontra-se em plena aptidão formal para ser processada.

A presente lide gira em torno da impugnação da decisão oriunda do Juízo da Vara Única da Comarca de Bela Cruz, que indeferiu o pedido de expedição de ofícios aos órgãos de fiscalização policial a fim de apreender o veículo, objeto do contrato fiduciário, e cuja liminar de busca e apreensão fora concedida anteriormente pelo Juízo *a quo*.

No presente caso o autor obteve a concessão de liminar de busca e apreensão (fl. 52), porém foi noticiado pelo meirinho (fl. 56) que o veículo não foi encontrado no endereço discriminado. Via de consequência, o agravante solicitou ao Juízo a expedição de ofícios a Polícia Rodoviária Estadual, Polícia Rodoviária Federal, Delegacia de Roubos de Veículos e Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN/CE para que acaso o veículo fosse encontrado possa o agravante ser cientificado.

Em exame ao conjunto probatório encartado aos autos me parecem razoáveis as alegações do agravante, pois não se observa, no caso em epígrafe, desvio de função dos Órgãos de segurança pública e fiscalização do trânsito. Ressalte-se que os Órgãos especificados não devem atuar como agentes de interesses privados, de modo a diligenciarem em excesso de suas atividades padronizadas para encontrar o aludido automóvel, mas somente devem reportar ao Juízo de origem a localização do veículo, após o procedimento regular de fiscalização e apreensão do bem, garantindo-se a plena efetividade do mandado de reintegração de posse em favor da parte agravante, através do poder geral de cautela.

A propósito, seguem julgados neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - DECISÃO QUE INDEFERE O PEDIDO DE RESTRIÇÃO DE CIRCULAÇÃO DOS VEÍCULOS DE PROPRIEDADE DOS EXECUTADOS - ART. 9º DO REGULAMENTO DO RENAJUD - POSSIBILIDADE - MEIO DE GARANTIR EFETIVIDADE À EXECUÇÃO - PRECEDENTES - DECISÃO REFORMADA.

(TJ-PR - AI: 13442327 PR 1344232-7 (Decisão Monocrática), Relator: Elizabeth M F Rocha, Data de Julgamento: 27/02/2015, 15ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1523 11/03/2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Interposição contra decisão que, em ação de busca e

apreensão, deferiu pedido de expedição de ofício ao Detran, autorizando a renovação do licenciamento anual de veículos. Necessidade de restauração da ordem judicial anterior, que havia determinado o bloqueio do licenciamento e da transferência dos veículos objeto da demanda. O bloqueio do licenciamento visa a impedir a circulação em vias públicas, pelo devedor, como também à garantia da eficácia do comando judicial, confirmado por acórdão, que estabeleceu o direito à busca e apreensão. Decisão reformada.

(TJ-SP , Relator: Mario A. Silveira, Data de Julgamento: 02/03/2015, 33ª Câmara de Direito Privado).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BUSCA E APREENSÃO - BEM NÃO LOCALIZADO - EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO DETRAN COM O OBJETIVO DE BLOQUEAR O VEÍCULO, A FIM DE POSSIBILITAR SUA APREENSÃO, BEM COMO SUA TRANSFERÊNCIA -DILIGÊNCIA RECOMENDÁVEL - RESGUARDO DO DIREITO DO PROPRIETÁRIO E DE TERCEIROS -EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL PARA LOCALIZAÇÃO DO AGRAVADO - ADMISSIBILIDADE. Agravo de Instrumento provido.

(TJ-SP - AI: 990102960757 SP , Relator: Jayme Queiroz Lopes, Data de Julgamento: 29/07/2010, 36ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/08/2010).

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO. LIMINAR CONCEDIDA. NÃO LOCALIZAÇÃO DO BEM. OFÍCIO AO DETRAN. POSSIBILIDADE NÃO ENCONTRADO O BEM OBJETO DE BUSCA E APREENSÃO, RECOMENDÁVEL O DEFERIMENTO DO PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO DETRAN, INFORMANDO SOBRE A EXISTÊNCIA DA AÇÃO, POIS CONSTITUI PROVIDÊNCIA INSERIDA NO PODER DE CAUTELA DO JUIZ PARA TORNAR EFETIVA A TUTELA JURISDICIONAL.

(TJ-DF - AG: 32748820098070000 DF 0003274-88.2009.807.0000, Relator: CARMELITA BRASIL, Data de Julgamento: 03/06/2009, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 02/07/2009, DJ-e Pág. 78).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - NÃO LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR E DO VEÍCULO EM GARANTIA - REQUERIMENTO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO A INSTITUIÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS - CADASTRO DE ENDEREÇOS - INDEFERIMENTO - POSSIBILIDADE - PREVISÃO LEGAL - RECURSO - PROVIMENTO.

Não tendo sido encontrado o devedor, a legislação processual autoriza o Juiz a requisitar informações necessárias sobre o mesmo, considerando principalmente que o autor já tentou a localização através dos meios que dispunha.

(TJ-PR - AI: 2562743 PR Agravo de Instrumento - 0256274-3, Relator: Sérgio Luiz Patitucci, Data de Julgamento: 19/05/2004, Quarta Câmara Cível (extinto TA), Data de Publicação: 11/06/2004 DJ: 6640).

Do exposto, CONHEÇO do recurso intentado, para DAR-LHE PROVIMENTO, reformando-se a decisão vergastada para determinar a expedição de ofícios aos Órgãos da Polícia Rodoviária Estadual, Polícia Rodoviária Federal, Delegacia de Roubos de Veículos e Cargas - DFRV e Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN/CE, comunicando-lhes a restrição imposta sobre o bem através da concessão da medida liminar de busca e apreensão do veículo especificado e, acaso haja retenção do automóvel, que os referidos Órgãos públicos comuniquem imediatamente ao Juízo de origem.

É como voto.

Fortaleza, 20 de maio de 2015

PROCESSO Nº 0629228-41.2014.8.06.0000-AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: P. B. DE M. F.

AGRAVADA: M. M. R. F. B. DE M.

RELATORA: MARIA DE FÁTIMA DE MELO LOUREIRO

**EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO
- DIREITO DE FAMÍLIA – GUARDA
PROVISÓRIA UNILATERAL MANTIDA -
AMPLIAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS
- MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS
- DECISÃO REFORMADA, EM PARTE.**

1. Trata-se de Agravo de Instrumento contra decisão que deferiu provisoriamente a guarda unilateral dos menores à genitora e estabeleceu horário de visitação pelo genitor.

2. O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento.

3. *In casu*, restou garantido ao genitor o direito de visitas aos filhos em finais de semana alternados, no entanto, considerando a necessidade de manutenção e fortalecimento do vínculo do pai com os filhos, a ampliação da visitação é medida que se impõe.

4. Não vislumbro, neste momento processual motivos a ensejar a alteração da guarda dos menores, mas entendo ser imperioso a ampliação da visitação paterna aos filhos, com a finalidade preservar os vínculos afetivos existentes entre pai e filhos e assim, manter a referência do genitor no contexto familiar, devendo os menores permanecerem acompanhado de terceiro indicado pela genitora por ocasião da visitação.

5. Considere-se que o princípio do melhor interesse do menor deve ser preservado em detrimento aos anseios dos seus genitores de obter para si a guarda dos filhos e que o direito de convivência com quem não a detém deve ser assegurado da forma mais ampla e saudável possível visando sempre a garantia do desenvolvimento moral, psico e social dos infantes.

6. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do recurso interposto e dar-lhe parcial provimento, tudo em conformidade com o voto do e. Relator.

Fortaleza/CE, 4 de março de 2015.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Agravo de Instrumento com Pedido de Antecipação de Tutela, em face de decisão proferida nos autos da Ação de Guarda e Regulamentação de Visitas com Pedido de Antecipação de Tutela, interposta por M. M. R. F. B. de M. em favor dos seus filhos, S. R. F. B. de M. e P. B. de M. F.

Consta do caderno processual em retábulo que a agravada interpôs Ação de Guarda e Regulamentação de Visitas com Pedido de Tutela Antecipada, objetivando a guarda unilateral dos filhos do casal, S. R. F. B. de M., com cinco anos de idade e P. B. De M. F., com três anos de idade, tendo o Juízo de Planície deferido o pedido antecipatório, concedendo à ora agravada a guarda pretendida e estipulado o horário de visitas do genitor dos infantes, ora agravante.

Inconformado, o agravante interpôs o presente recurso com a finalidade de ver reformada a decisão exarada pela MM Juíza da 17ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza/CE e ser-lhe deferida a guarda compartilhada dos seus filhos ou, em não sendo este o entendimento cameral, a modificação do direito de visitas na forma proposta na exordial.

Em suas razões (fls. 03/32), sustenta, em suma, o agravante, que detém melhores condições de cuidar dos seus filhos, uma vez que, efetivamente, participou de suas vidas, desde o nascituro. Cita como exemplos, o acompanhamento da genitora ao médico durante o pré natal, filmagem do parto, acalento das crianças para fazê-las dormir, aplicação de medicação durante às madrugadas, realização da higiene pessoal, condução à escola, dentre outros.

Aduz que a agravada não cumpre com os horários escolares dos filhos, os entrega aos cuidados de terceiros (irmã e babá) e não tem os mesmos critérios e atitudes suas relativamente ao desvelo com os mesmos. Acrescenta que a Magistrada foi induzida em erro, uma vez que os fatos narrados pela agravada não retratam a realidade e os Boletins de Ocorrência colacionados aos autos não gozam da presunção de veracidade.

Cita jurisprudências favoráveis à sua pretensão e defende a aplicação da Lei Nº 13.058/2014, que inseriu mudanças no Código Civil quanto à Guarda Compartilhada.

Requer que seja atribuído o efeito suspensivo ao recurso, com a finalidade de tornar ineficaz a decisão agravada e ao final, que lhe seja deferido a guarda compartilhada dos seus filhos e, alternativamente, a modificação da visitação.

À Inicial foram colacionados os documentos de fls. 33/114.

Intimada a contrarrazoar o presente recurso, defende a agravada que o pedido antecipatório da tutela jurisdicional lhe foi deferido por haver demonstrado que o agravante não reúne condições de exercer a guarda dos seus filhos, pois o mesmo é alcoólatra e quando se encontra sob o efeito do álcool se descontrola emocionalmente, inclusive suas atitudes, resultaram em imposição de medida protetiva de urgência, com base na Lei Maria da Penha. Afirma que os Boletins de Ocorrência anexados à exordial são verossímeis e revelam as condutas agressivas do agravante.

Instada a se manifestar a Douta Procuradoria de Justiça do Estado do Ceará, por um dos seus membros, opinou pela manutenção da decisão agravada, sob o fundamento de que há de ser preservado o melhor interesse da criança, o agravante não trouxe fatos e provas novas capazes de modificar o *decisum* agravado e a Magistrada condutora do feito detém melhores condições de aferir o que melhor convém aos menores, diante do conjunto probatório trazidos à colação e a maior proximidade com as partes.

Os autos vieram conclusos e estão aptos à julgamento.
É o que importava relatar.

VOTO

O presente Agravo de Instrumento preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

A Certidão de Intimação da Decisão agravada se encontra à fl. 101 e o Preparo recursal, às fls. 35/36.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto com o objetivo de modificar a decisão que, em sede de antecipação de tutela, concedeu a guarda unilateral provisória dos infantes S. R. F. B. De M. e P. B. de M. F. à sua genitora, M. M. R. F. B. de M. e regulamentou a visitação do genitor, P. B. de M. F. aos menores, cujo exercício do direito ficou assegurado em finais de semana alternados das 9:00 horas do sábado às 18:00 horas do domingo, devendo as crianças permanecerem na companhia de pessoa indicada pela agravada e serem apanhadas e devolvidas na casa da genitora.

Pretende o agravante a guarda compartilhada dos seus filhos acima identificados e em não sendo este o entendimento deste Colegiado, a modificação da visitação da seguinte forma: deixar e buscar as crianças na escola todos os dias; levá-las para atividades recreativas, no mínimo, três vezes por semana; alternar a convivência, quinzenalmente, podendo pegá-las no colégio na sexta-feira após a aula e devolvê-las à escola, na segunda-feira, antes da aula; tê-las em sua companhia durante todas as datas festivas (natal, réveillon, carnaval, semana santa, aniversários e demais feriados) e 50% (cinquenta por cento) das férias escolares, assim como, ser avisado, com antecedência, de eventuais festas de amigos das crianças ou da escola, para viabilizar eventual comparecimento seu.

Inicialmente, insta consignar que a legislação vigente, ao regular as questões atinentes à convivência familiar - como a guarda, o direito às visitas, a adoção - atribui ao magistrado uma margem de aplicação de equidade e razoabilidade, diante do caso concreto, sob pena de, ao invés de cumprir seu objetivo de congregar as pessoas, acabar segregando-as.

Ao decidir qual dos genitores receberá a guarda do menor, o juiz leva em conta fundamentalmente a possibilidade que tem cada um deles de zelar pelos seus interesses, considerando sempre o princípio do melhor interesse da criança e as suas necessidades essenciais e não a vontade ou os anseios dos genitores.

Por sua vez, o instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais, que disputam o direito de acompanhar, de forma mais efetiva e próxima, seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse *munus*.

Neste sentido é a lição de GUILHERME GONÇALVES STRENGER, *in verbis*:

“O interesse do menor é princípio básico e determinante de todas as avaliações que refletem as relações de filiação. O interesse do menor pode-se dizer sem receio, é hoje verdadeira instituição no tratamento da matéria que ponha em questão esse direito. Tanto na família legítima como na natural e suas derivações, o interesse do menor é princípio superior. Em cada situação cumpre ao juiz apreciar o interesse do menor e tomar medidas que o preservem e a apreciação do caso deve ser procedida segundo dados de fato que estejam sob análise”. (*in* Guarda de Filhos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 64).

Também se deve realçar que não somente as condições financeiras e econômicas do interessado em exercer a guarda devem ser levadas em consideração, visto que as necessidades do menor ultrapassam os limites materiais, adentrando no campo da afetividade, do amparo psíquico, social e sentimental.

Nesse diapasão, preceitua o art. 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que a guarda pode ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

Tal fato torna-se nítido pela interpretação gramatical do Princípio Constitucional do Melhor Interesse da Criança, que surgiu com a primazia da dignidade humana, perante todos os institutos jurídicos e em face da valorização da pessoa humana, em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar.

De acordo com tal princípio, deve-se preservar ao máximo aqueles que se encontram em situação de fragilidade, a criança e o adolescente, por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. Assim, o menor tem o direito fundamental de chegar à condição adulta sob as melhores garantias morais e materiais.

Preceitua o artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente, estatui em seu artigo 3º que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais à pessoa humana, lhe assegurando “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e igualdade.”

Sendo assim, fixada a guarda e estabelecida a visitação, estas somente devem ser alteradas quando houver motivos suficientes que imponham tais medidas, tendo em vista a relevância dos interesses envolvidos.

Na hipótese, o pedido de modificação de guarda das crianças e alteração da visitação foi baseado em suposto descumprimento, por parte da genitora, dos deveres inerentes a tal *munus* e que o agravante detém melhores condições de assistir os filhos, uma vez que desde as suas concepções tem demonstrado a sua dedicação aos mesmos, cumprindo rigorosamente os horários quando do atendimento às suas necessidades, ao contrário da agravada que demonstra ser relapsa, especialmente no que diz respeito ao cumprimento dos horários escolares.

Em que pesem as razões expostas, inexistem nos autos documentos comprobatórios das assertivas do agravado, bem como, qualquer outro elemento que ampare a sua pretensão e convença o julgador a alterar a guarda dos menores, no entanto, considerando que o regime de visitação deve ser instrumento de efetiva aproximação entre pai e filhos, com o escopo de preservar e de evoluir cada vez mais o vínculo afetivo entre ambos, o qual é de extrema relevância para o desenvolvimento saudável dos infantes, cuja contribuição repercute na estabilidade emocional e psíquica das crianças, entendo ser prudente a ampliação da visitação paterna aos filhos, levando sempre em consideração a conveniência e bem-estar dos infantes, da seguinte forma: o genitor poderá deixar e buscar os filhos na escola, diariamente, devendo pegá-los e devolvê-los sempre na residência da genitora; levá-los para atividades recreativas, pelo prazo de duas horas por no máximo duas vezes durante a semana; ter os filhos em sua companhia 50% (cinquenta por cento) das férias escolares, só podendo se ausentar desta cidade, mediante autorização expressa da genitora; ter a companhia dos filhos nas datas festivas (natal, réveillon, carnaval, semana santa, demais feriados e nas datas de aniversário dos mesmos) durante os anos pares; sendo que durante os anos ímpares os menores permanecerão na companhia da genitora. Registre-se que durante toda a convivência entre pai e filhos, considerando as suas tenras idades e agregando as cautelas observadas pela Magistrada titular do feito, estes deverão se fazer acompanhar de pessoa da confiança da genitora e por esta indicada. Ressalte-se, por oportuno que tanto a guarda como a visitação é provisória e pode ser alterada a qualquer tempo, desde que haja motivação e fundamentos suficientes à ensejar sua modificação.

Registre-se que o ideal seria que não houvesse necessidade de regulamentação de visitas dos pais em relação aos filhos e que os mesmos agissem com maturidade e soubessem respeitar o direito dos filhos, mantendo uma convivência harmoniosa, pois as crianças não devem experimentar os dissabores do rompimento advindo da relação conjugal.

Em ações dessa natureza, inobstante as recentes modificações introduzidas ao Código Civil no tocante a guarda compartilhada, entendo que deve prevalecer o melhor interesse das crianças e não o interesse dos seus pais. Somente diante de circunstâncias que possam comprometer a

saúde, a segurança e a formação dos filhos é que vislumbro a modificação da guarda.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial, *in verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - MODIFICAÇÃO DA GUARDA DE MENOR - AUSÊNCIA DE CONDUTA DESABONADORA DA GENITORA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

- O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse *munus*.

- O princípio constitucional do melhor interesse da criança surgiu com a primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar.

- Fixada a guarda, esta somente deve ser alterada quando houver motivo suficiente que imponha tal medida, tendo em vista a relevância dos interesses envolvidos.

(TJMG - Apelação Cível 1.0024.12.301669-3/001, Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/01/2015, publicação da súmula em 05/02/2015)

CIVIL E FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. MODIFICAÇÃO DA GUARDA DOS MENORES PARA O PAI. MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS.

1. A concessão da guarda deve ser precedida de avaliação criteriosa do contexto sócio-econômico em que inseridos os menores, devendo permanecer na companhia de quem lhes protege e assegura a efetividade do princípio do melhor interesse. 2. Recurso desprovido.

(TJ-DF - APC: 20131010059628 DF 0005789-27.2013.8.07.0010, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Data de Julgamento: 21/01/2015, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 02/02/2015 . Pág.: 286)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA DE VISITAS AO FILHO COMUM. RESTRIÇÃO DO DIREITO DO GENITOR.

INEXISTÊNCIA DE ALTERAÇÃO NA SITUAÇÃO DE FATO DESDE A DATA DO ACORDO. AUSÊNCIA DE MOTIVO RELEVANTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. Não merece acolhida o pedido de modificação de cláusula relativa às visitas do genitor ao filho comum, ao argumento de que a residência paterna se mostra insalubre e prejudicial à saúde do menor, se o pai reside no mesmo endereço constante do acordo celebrado anteriormente pelas partes, que previa o direito de ter o filho consigo, em fins de semana alternados, e com direito ao pernoite, tendo sido, inclusive, comprovado, por meio de fotografias, que a casa se encontra mais asseada e organizada para atender as peculiaridades do estado de saúde do infante, sendo certo que tais provas não foram impugnadas a tempo e modo.

2. Impõe-se a aplicação do Princípio do Melhor Interesse da Criança, se restou demonstrado que a convivência entre pai e filho é bastante salutar, sobretudo quando a própria genitora do menor afirma que “considera o requerido como sendo um pai amoroso, atencioso e motivado para continuar tendo contato com o filho”.

3. Recurso improvido.

(TJ-DF - APC: 20120111500120 DF 0041260-68.2012.8.07.0001, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, Data de Julgamento: 10/12/2014, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 20/01/2015 . Pág.: 681).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DE GUARDA. MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

Na ausência de provas que desabonem a conduta da genitora, que sempre exerceu a guarda fática da criança, cumpre afastar o pedido do genitor, em observância ao melhor interesse da criança. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

(Agravo de Instrumento Nº 70062007216, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 11/12/2014).

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS. VISITAÇÃO SUPERVISIONADA. PEDIDO DE REVOGAÇÃO.

1. A regulamentação de visitas materializa o direito do filho de conviver com o genitor não-guardião, assegurando o desenvolvimento de um vínculo afetivo saudável entre ambos, mas sem que isso afete a rotina de vida dos filhos, pois deve ser resguardado sempre o melhor interesse da criança, que está acima da conveniência dos genitores. 2. O interesse do genitor em conviver com o filho tem seu limite bem demarcado pelo interesse da criança e tenho que deve ser mantida, ao menos por ora, a visitação na forma supervisionada. Recurso desprovido.

(Agravado de Instrumento Nº 70062281183, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/11/2014).

DIREITO CIVIL. GUARDA. FILHOS MENORES. LAUDO TÉCNICO. MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS. GUARDA CONFERIDA À GENITORA.

1. Em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança, os menores devem estar sob guarda e responsabilidade do genitor que possua as melhores condições financeiras, sociais e emocionais para educá-los. 2. Recurso do autor desprovido.

(TJ-DF - APC: 20120310070799 DF 0006872-36.2012.8.07.0003, Relator: ANTONINHO LOPES, Data de Julgamento: 25/06/2014, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 06/08/2014 . Pág.: 156)

Quanto ao regime de visitação, a jurisprudência é assente no sentido de garantir uma convivência ampla dos pais com os filhos, preservando os vínculos afetivos e assegurando a formação psíquica, social e moral destes, fatores de maior relevância à preservação da dignidade da pessoa humana e por conseguinte, do princípio do melhor interesse da criança.

Eis as colações, jurisprudenciais, *in verbis*:

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E OFERTA DE ALIMENTOS. DIVERGÊNCIA QUANTO À ÉPOCA DA SEPARAÇÃO DE FATO DO CASAL. PARTILHA DE BENS. PROPRIEDADE

NÃO COMPROVADA. ALIMENTOS DEVIDOS PELO GENITOR À MENOR. RAZOABILIDADE DA PENSÃO OFERTADA. MAJORAÇÃO DESCABIDA. DIREITO DE VISITAS. MODIFICAÇÃO DO REGIME. AMPLIAÇÃO DA CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL.

- A união estável se caracteriza pela convivência pública, contínua e duradoura entre um casal com o objetivo de constituir uma família.

- É incontroversa a existência da união estável, formalizada por escritura pública declaratória, mas divergem quanto ao momento de sua dissolução.

- Considera-se que a separação de fato deu-se em maio de 2009, termo final fixado na r. sentença, visto que a partir desse marco temporal não há como afirmar a continuidade do relacionamento por prazo maior (até de 2012).

- No direito convivencial, comunica-se o patrimônio adquirido na constância do vínculo, ainda que com verba proveniente de apenas um dos conviventes, ressalvadas as hipóteses excludentes do art. 1.659, CC.

- Diante da ausência de provas quanto à titularidade dos bens indicados pelo autor, bem como da existência de um condomínio entre as partes, não há que se falar em partilha, ante a possibilidade de violação de direito de terceiros.

- Os alimentos devem ser fixados de acordo com as possibilidades do alimentante e as necessidades do alimentado, não só as despesas atuais, mas os gastos compatíveis com a idade da criança e o padrão de vida dos pais.

- Demonstrado que o genitor não tem condições de arcar com quantia superior ao que foi ofertado (40% do salário mínimo), descabe a majoração pretendida.

- É assegurado ao menor o direito de visitas e de viver com ambos os pais, de forma pacífica e saudável.

- Não havendo conduta que desabone o genitor com relação à filha, fragilizado o vínculo afetivo e mantendo-se esporádicos os encontros, recomendável que o regime de visitas seja modificado, ampliando-se a convivência paterno-filial.

- Primeiro recurso provido em parte. Segundo recurso não provido.

(TJMG - Apelação Cível 1.0027.12.006483-0/001, Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/01/2015, publicação da súmula em 29/01/2015)

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS C/C MODIFICAÇÃO DO REGIME DE VISITAS - INSURGÊNCIA ADSTRITA AO NOVO MODELO DE CONVÍVIO PATERNO-FILIAL - INTRODUÇÃO DAS FÉRIAS ESCOLARES NO REGIME DE VISITAÇÃO - ADAPTAÇÃO PAULATINA ÀS ALTERAÇÕES REALIZADAS NOS ENCONTROS PATERNO-FILIAIS - INTERESSE DO MENOR PRESERVADO - RECURSO NÃO PROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.

1. A regulamentação de visitas materializa o direito do filho de conviver com o genitor não guardião, devendo-lhe ser assegurado o desenvolvimento de vínculo afetivo saudável entre ambos. 2. Em se tratando de alteração da sistemática dos encontros paterno-filiais, notadamente nas hipóteses de ampliação das visitas, recomenda-se a introdução paulatina das mudanças, objetivando preservar o infante de eventuais repercussões emocionais negativas. 3. Nas demandas em que se busca a fixação de um regime de visitação, não se pode perder de vista a plena salvaguarda dos interesses do menor, os quais devem prevalecer em detrimento das disputas matrimoniais entre o par parental. 4. Constatado que o regime de visitas estabelecido na sentença mostra-se adequado ao núcleo familiar em questão, pontuando-se que já houve um período de potencial reaproximação entre pai e filho, determinado em virtude do lapso temporal decorrido entre o recebimento do apelo no efeito meramente devolutivo e o julgamento do recurso por este Tribunal, inexistem razões para a implementação de eventuais períodos de adaptação e assistência psicológica. 5. Recurso não provido. 6. Sentença mantida.

(TJ-MG - AC: 10702110413292001 MG , Relator: Raimundo Messias Júnior, Data de Julgamento: 25/03/2014, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/04/2014).

Diante do exposto, conheço do recurso interposto para dar-lhe parcial provimento, modificando o *decisum* vergastado apenas para ampliar a visitação do genitor aos seus filhos, na forma acima consignada. É como voto.

Fortaleza/CE, 04 de março de 2015.

PROCESSO: 0076848-69.2012.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: JOÃO CELEDÔNIO FILHO

AGRAVADO: MUNICIPIO DE JAGUARUANA

RELATORA: MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. CONSTRUÇÃO DE POLO INDUSTRIAL. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. ART. 13, DECRETO-LEI 3.365/41. CARÊNCIA DO PROJETO DE IMPLANTAÇÃO. NECESSIDADE DE APROVAÇÃO PRÉVIA PELO PODER PÚBLICO. DOCUMENTO INDISPENSÁVEL AO PEDIDO INICIAL EXPROPRIATÓRIO. ART. 283, CPC. NULIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. IMISSÃO DE POSSE CASSADA. RECURSO PROVIDO.

1. Cogita-se de agravo de instrumento interposto por João Celedônio Filho em face do Município de Jaguaruana desafiando decisão da lavra do Exmo. Juiz de Direito Titular da Vara Única da Comarca de Jaguaruana que, nos autos da ação de desapropriação de nº. 0003635-94.2012.8.06.0108, reconheceu a viabilidade formal da petição de preâmbulo e deferiu medida liminar de imissão provisória na posse do imóvel do agravante.

2. A desapropriação visa a construção de um polo industrial, cujo conceito, no plano abstrato, já deixa transparecer a necessidade de prévia aprovação, pelo Poder Público, do projeto de implantação, nos termos do art. 5º, §2º, do Decreto-Lei 3.365/41.

3. A argumentação articulada pelo agravante demonstra, sob as limitações das matérias constantes no art. 20 do Decreto-Lei nº 3.365/41, a incorreção material do *decisum* impugnado sob o prisma de sua pretensa desarmonia com os ditames do art. 13 do mesmo diploma e dos artigos 282 *usque* 284 do CPC.

4. Ao expor o motivo subjacente à expedição do ato administrativo supracitado (construção do distrito industrial de Jaguaruana), o Administrador se vincula à sua estrita observância, em conformidade com os ditames legais respectivos e em face da aclamada teoria dos motivos determinantes, sob pena de nulidade do ato.

5. Não por outra razão, o Decreto-Lei de regência exige, como condição necessária ao próprio recebimento da Ação Expropriatória no plano formal, a juntada, pelo Poder Público, do competente projeto de implantação, nos termos do art. 5º, §2º, *verbis*: “§ 2º - A efetivação da desapropriação para fins de criação ou ampliação de distritos industriais depende de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação”.

6. Ora, se a aprovação deve ser prévia e expressa, é evidente que o documento alusivo ao projeto de implantação se insere entre aqueles que, sob o prisma do art. 283, do CPC, se revelam indispensáveis à propositura da respectiva ação, até mesmo como forma de viabilizar o exercício da ampla defesa por parte do expropriado.

7. Em palavras outras, a juntada dos documentos indispensáveis ao ajuizamento da ação figuram como autênticos pressupostos de conhecimento

do pedido liminar de imissão provisória na posse, e tais documentos, em especial o projeto de implantação, não foram arregimentados à petição inicial.

8. A propósito, o Exmo. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, defrontando-se com idêntica controvérsia jurídica, nos autos do agravo de instrumento de nº. 0076851-24.2012.8.06.0000, apenas individualizada em relação a outro imóvel na mesma urbe, entendeu, de igual maneira, necessária a juntada do projeto de implantação para fins de conhecimento do pedido de imissão provisória na posse.

9. Recurso conhecido e provido. Decisão cassada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e dar provimento ao agravo de instrumento nº. 0076848-69.2012.8.06.0000, tudo nos termos do voto da Des. Relatora.

Fortaleza, 1º de abril de 2015

RELATÓRIO

Cogita-se de agravo de instrumento interposto por João Celedônio Filho em face do Município de Jaguaruana desafiando decisão da lavra do Exmo. Juiz de Direito Titular da Vara Única da Comarca de Jaguaruana que, nos autos da ação de desapropriação de nº. 0003635-94.2012.8.06.0108, reconheceu a viabilidade formal da petição de preâmbulo e deferiu medida liminar de imissão provisória na posse nos termos a seguir transcritos, *verbis*:

“A petição inicial preenche os requisitos do art. 13 do Decreto-Lei 3.365/41, razão pela qual a recebo e defiro o pedido de depósito do valor ofertado pelo imóvel desapropriado.

Defiro ainda, a imissão provisória na posse do imóvel descrito na petição inicial, por entender que os pressupostos contidos no art. 15 do referido Decreto-Lei, quais sejam, a urgência e o valor ofertado seja depositado até 30 (trinta) dias a contar da intimação do decisum em conta judicial no Banco do Nordeste S/A a ser cumprido pelo expropriante, pena de revogação (...)” (fl. 37).

Em sua minuta às fls. 01/15, o agravante se insurge contra o referido *decisum* esgrimindo, em seu abono, as seguintes alegações:

i) que a petição inicial não preenche os requisitos preconizados pelo art. 13, do Decreto de regência, notadamente pelo fato de não haver discriminado todos os aspectos fáticos e jurídicos da pretensão expropriatória;

ii) que a desapropriação visa a construção de um polo industrial, cujo conceito, no plano abstrato, já deixa transparecer a necessidade de prévia aprovação, pelo Poder Público, do projeto de implantação, nos termos do art. 5º, §2º, do Decreto-Lei 3.365/41;

iii) que, embora a validade do projeto em si somente possa ser discutida no âmbito de ação própria, seria necessária a juntada de documento relacionado ao projeto de implantação do referido distrito industrial, já no ensejo de propositura da demanda, de modo que a não apresentação traduz inépcia da exordial, pressupostos este que se insere no plexo normativo de matérias impugnáveis na via de defesa da ação de desapropriação (art. 20 do Decreto-Lei nº 3.365/41);

iv) que a inicial da ação de desapropriação deveria se fazer acompanhar de documentos alusivos à aprovação prévia do projeto de implantação do próprio Distrito Industrial, a comprovação de que houve prévia audiência da população diretamente interessada no projeto referido na alínea precedente, dos estudos de impacto ambiental (EIA), com relatório de impacto ambiental (RIMA) e de estudo de impacto de vizinhança (EIV), em observância às diversas diretrizes estatuídas no art. 2º, da Lei nº 10.257/01 e nos termos de seu artigo 4º, VI, §§1º a 3º;

v) que embora o art. 36 do Estatuto da Cidade estabeleça que será a lei municipal que definirá os empreendimentos e atividades que dependem de tais estudos, o estudo de impacto ambiental (EIA) independe da edição da referida lei, além do que o Município, ao deixar de editar a referida lei no prazo aludido pelo art. 49 do Estatuto, incorreu em mora legislativa;

vi) que a própria lei municipal que autorizou a desapropriação estabeleceu que o distrito deveria ser construído em território que se revelasse mais adequado, requisito este para cujo prestígio se faria necessário um prévio estudo para demonstrar a adequação da área escolhida.

Por tais razões, requereu, a título de antecipação de tutela recursal, a "*suspensão de qualquer processo desapropriatório lastreado na Lei Municipal nº 288/11, suspendendo-se, principalmente, imissões provisórias na posse em favor do agravado, até que seja emendada a inicial, permitindo à parte agravante a plenitude do exercício do direito de defesa, mediante o ajuizamento de ação própria para discutir com profundidade todas as ilegalidades cometidas na expropriação em debate*" (fl. 14)

A minuta se fez acompanhar dos documentos de fls. 16/47.

Através de decisão interlocutória, fls. 52/61, esta Relatoria deferiu a liminar requestada, de modo a suspender os efeitos da decisão agravada, revertendo a ordem de imissão provisória na posse em favor do Município de Jaguaruana.

O Município agravado, devidamente intimado do feito, deixou transcorrer o prazo legal, sem nada apresentar ou requerer nos autos, conforme certificado à fl. 64 pelo Serviço de Recursos da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Os presentes autos retornaram-me conclusos somente na data de 26 de junho de 2014, cf. fl. 68. Na oportunidade, tendo em vista o vasto lapso temporal desde o ajuizamento do presente agravo de instrumento, nos idos de 06/06/2012, até a concessão de liminar ao agravante, em 20/06/2012, determinei a intimação das partes para que individualmente comprovassem se ainda possuíam interesse no prosseguimento dessa demanda.

Manifestação da parte agravante discorre sobre o interesse subjacente na lide, fls. 71/72. Anexa documentos às fls. 73/123. O Município de Jaguaruana deixou decorrer o prazo legal, sem nada apresentar, fl. 124.

Inexistindo revisão na espécie, em conformidade com art. 34, §3º, do RITJCE, remetam-se os autos à Presidência da 2ª Câmara Cível, para fins de inclusão na primeira pauta, de acordo com art. 33, II, do RITJCE.

Expedientes de estilo.

VOTO

De início, tenho por presentes os pressupostos intrínsecos (cabimento, legitimação para recorrer e interesse em recorrer) e extrínsecos (tempestividade, preparo, regularidade formal e a inexistência de causa impeditiva ou extintiva do poder de recorrer) de recorribilidade, pelo que a via recursal em exame encontra-se em plena aptidão formal para ser processada.

Em exame aos fatos relacionados à postulação recursal em exame, e ante a documentação ajuizada aos autos, não antevejo elementos suficientes a transmutar a decisão interlocutória, dantes prolatada, no sentido de reverter a imissão na posse em favor do ora agravante.

Com efeito, seguindo os delineamentos esposados preteritamente, a argumentação articulada pelo agravante demonstra, sob as limitações das matérias constantes no art. 20 do Decreto-Lei nº 3.365/41, a incorreção material do *decisum* impugnado sob o prisma de sua pretensa desarmonia com os ditames do art. 13 do mesmo diploma e dos artigos 282 *usque* 284 do CPC, de cujas respectivas redações se extrai o seguinte:

Art. 13. A petição inicial, além dos requisitos previstos no Código de Processo Civil, conterà a oferta do preço e será instruída com um exemplar do contrato, ou do jornal oficial que houver publicado o decreto de desapropriação, ou cópia autenticada dos mesmos, e a planta ou descrição dos bens e suas confrontações. (Decreto-Lei nº. 3.365, de 21 de junho de 1941).

Art. 282. A petição inicial indicará:

- I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;
- II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;
- III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
- IV - o pedido, com as suas especificações;
- V - o valor da causa;
- VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;
- VII - o requerimento para a citação do réu.

Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

A relevância da argumentação articulada pelo agravante decorre, a meu sentir, da natureza da desapropriação que se leva a efeito no âmbito do Município de Jaguaruana, que se funda, conforme mencionado alhures, na lei autorizativa de nº. 288/11, que dispõe em seu art. 1º que a intervenção na propriedade em curso tem por objetivo a construção do Distrito Industrial de Jaguaruana (fl. 26).

No Decreto de Declaração de Utilidade Pública e Desapropriação do Imóvel, Decreto Municipal nº. 316, de 16 de dezembro de 2011, objeto do presente Agravo (fl. 28) consta que o fundamento da desapropriação é o art. 5º, "i", do Decreto-Lei nº 3.365/41, que prescreve o seguinte:

Art. 5º - Consideram-se casos de utilidade pública: (...)

- i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;

Ora, ao expor o motivo subjacente à expedição do ato administrativo supracitado (construção do distrito industrial de Jaguaruana),

o Administrador se vincula à sua estrita observância, em conformidade com os ditames legais respectivos e em face da aclamada teoria dos motivos determinantes, sob pena de nulidade do ato.

Não se trata, com efeito, de uma desapropriação comum, mas de uma intervenção na propriedade privada de índole específica, direcionada à construção, em prol da comunidade e do próprio desenvolvimento econômico do Município, de um distrito industrial.

Por distritos industriais deve-se entender “a área de concentração de indústrias e atividades complementares delas, ordenada pelo Poder Público mediante plano urbanístico especial de urbanificação do solo, com possibilidade de desapropriação da gleba e revenda ou locação dos lotes aos estabelecimentos industriais interessados” (SILVA, José Afonso da. "Direito Urbanístico Brasileiro", 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 377) (*in*, RMS 18.703/BA, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2006, DJ 29/03/2007, p. 217).

Não por outra razão, o Decreto-Lei de regência exige, como condição necessária ao próprio recebimento da Ação Expropriatória no plano formal, a juntada, pelo Poder Público, do competente projeto de implantação, nos termos do art. 5º, §2º, *verbis*:

“§ 2º - A efetivação da desapropriação para fins de criação ou ampliação de distritos industriais depende de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação”.

Ora, se a aprovação deve ser prévia e expressa, é evidente que o documento alusivo ao projeto de implantação se insere entre aqueles que, sob o prisma do art. 283, do CPC, se revelam indispensáveis à propositura da respectiva ação, até mesmo como forma de viabilizar o exercício da ampla defesa por parte do expropriado. É neste sentido, aliás, que se posiciona o jurista Diógenes Gasparini, para quem:

A Lei Geral das Desapropriações (art. 5º, i) dispõe sobre a desapropriação de áreas para a "construção ou ampliação de distritos industriais". Assim, pode o Poder Público, quase sempre o Município, expropriar áreas para a implantação

ou ampliação de distritos industriais. O distrito industrial, local destinado à implantação de indústrias, deve ser tecnicamente planejado, e sua implantação aprovada por lei que estabeleça as condições de urbanização, os requisitos para a alienação das unidades e as condições para a implantação das indústrias interessadas. Ademais, seu projeto deve ser previamente aprovado pelos órgãos ou entidades estaduais de controle da poluição, inclusive quanto à localização (art. 52, §2º). Só depois disso deve o Poder Público passar à desapropriação e executar o parcelamento conforme o prescrito na Lei federal do Parcelamento do Solo Urbano, inclusive quanto ao registro imobiliário. Concluído o loteamento, o Município poderá locar ou vender os lotes, não lhe cabendo doar. Nesse sentido, confronte-se o §1º, acrescentado, juntamente com outro, ao art. 5º da LGD pela Lei federal nº 6.602/78. (cf. Direito administrativo, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 692 – sem grifos no original)

Na mesma linha posiciona-se Hely Lopes Meirelles:

Outra hipótese de permissibilidade de alienação de áreas desapropriadas ocorre nas expropriações para formação de distritos industriais, desde que a Administração expropriante planeje a área e promova a urbanização necessária à sua destinação. Nem seria viável a implantação de qualquer núcleo industrial, em área desapropriada para esse fim, se não se reconhecesse ao Poder Público a possibilidade de alienação de glebas aos empresários que satisfaçam as exigências da Administração expropriante. O que se nega é a legitimidade de desapropriações de áreas individualizadas e a subsequente transferência a interessados certos para eventual instalação de indústrias, sem qualquer planejamento e urbanização do local para zona industrial. (cf. Direito administrativo brasileiro, 31ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 600, sem grifos no original)

Oportuno citar, ainda, valioso precedente do Superior Tribunal de Justiça, que se defrontou com semelhante questão. Eis a ementa do julgado, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. DECRETO EXPROPRIATÓRIO. ART. 5º, ALÍNEA I, DO DECRETO-LEI 3.365/41. IMPLANTAÇÃO DE "UNIDADE" INDUSTRIAL. NULIDADE DO ATO VICIADO POR DESVIO DE FINALIDADE, POIS BENEFICIA UMA ÚNICA EMPRESA PRIVADA. AUTORIDADE COATORA INCOMPETENTE PARA A EXPEDIÇÃO DO ATO.

1. Mandado de segurança impetrado contra ato do Governador do Estado da Bahia, consubstanciado na edição de decreto expropriatório que declarou de utilidade pública, para fins de implantação de unidade industrial, imóveis de propriedade da recorrente.

2. A declaração expropriatória exterioriza, tão-somente, a intenção estatal de desapropriar determinado bem, não repercutindo, de modo imediato, no direito de propriedade do expropriado. Sob esse aspecto, é possível constatar que os pressupostos necessários à desapropriação, sejam eles de que ordem for, não precisam estar presentes no momento da edição do decreto expropriatório.

3. O exame da oportunidade e da conveniência do ato ora impugnado não se sujeita a controle judicial. Entretanto, a hipótese legal de desapropriação elencada pelo administrador como fundamento do decreto expropriatório — art. 5º, i, do Decreto-Lei 3.365/41, no caso dos autos — deverá ser compatível com o fim a que ele se destina, sob pena de se viciar o ato praticado.

4. Por distritos industriais deve-se entender "a área de concentração de indústrias e atividades complementares delas, ordenada pelo Poder Público mediante plano urbanístico especial de urbanificação do solo, com possibilidade de desapropriação da gleba e revenda ou locação dos lotes aos estabelecimentos industriais interessados" (SILVA, José Afonso da. "Direito Urbanístico Brasileiro", 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 377).

5. O decreto expropriatório editado com fundamento no art. 5º, i, do Decreto-Lei 3.365/41, beneficiando uma única empresa privada, contém vício de finalidade que o torna nulo, na medida em que se desvia do interesse público, contrariando, ainda, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, consagrados no art. 37 da Constituição Federal.

6. Ademais, a construção ou ampliação de distritos industriais pressupõe "o loteamento das áreas necessárias à instalação

de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas", dependendo, ainda, "de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação", tal como definido nos §§ 1º e 2º do art. 5º do Decreto-Lei 3.365/41, atraindo, desse modo, a competência exclusiva dos Municípios, a teor do disposto no art. 30, VIII, da CF/88.

7. O Governador do Estado da Bahia não detém competência, tanto para a expedição do decreto expropriatório atacado pela via do presente mandamus como para a efetiva desapropriação, visto ser do Município o interesse público capaz de ensejar a desapropriação para a construção ou ampliação de distritos industriais.

8. A Primeira Turma desta Corte já se manifestou no sentido de que "é lícito ao Poder Judiciário declarar nulo decreto expropriatório onde se verifica desvio de poder" (REsp 36.611/SC, Rel. Min.

Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.8.1994).

9. Recurso provido para se conceder a segurança pleiteada, declarando-se a nulidade do Decreto 7.917/2001, expedido pelo Governador do Estado da Bahia.

(RMS 18.703/BA, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2006, DJ 29/03/2007, p. 217).

Tais circunstâncias evidenciam, no plano da regularidade formal da petição de preâmbulo, a própria inviabilidade do conhecimento do pedido de imissão provisória na posse nela formulado, ainda que alegada a urgência e atendidos os requisitos estatuídos pelo Decreto-Lei para o seu deferimento.

Em palavras outras, a juntada dos documentos indispensáveis ao ajuizamento da ação figuram como autênticos pressupostos de conhecimento do pedido liminar de imissão provisória na posse, eis que tal postulação somente pode ser apreciada quando preenchidos os requisitos do art. 13 do Decreto-Lei nº 3.365/41.

E tais documentos, em especial o projeto de implantação, não foram arremetidos à petição inicial, conforme se observa de uma leitura de toda a documentação adunada às fls. 19/42.

A propósito, o Exmo. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, defrontando-se com idêntica controvérsia jurídica, nos autos do agravo de

instrumento de nº. 0076851-24.2012.8.06.0000, apenas individualizada em relação a outro imóvel na mesma urbe, entendeu, de igual maneira, necessária a juntada do projeto de implantação para fins de conhecimento do pedido de imissão provisória na posse, cabendo transcrever os seguintes trechos de seu voto, *in verbis*:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO DESAPROPRIAÇÃO. CONSTRUÇÃO DE DISTRITO INDUSTRIAL. VÍCIOS. DISCUSSÃO NA LIDE EXPROPRIATÓRIA. POSSIBILIDADE. DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. FALTA DO PROJETO DE IMPLANTAÇÃO DEVIDAMENTE APROVADO PELAS INSTÂNCIAS COMPETENTES E CONCERNENTE AOS FINS EXPROPRIATÓRIOS. AUSÊNCIA DE PROVA DO CUMPRIMENTO DOS TRÂMITES AMBIENTAIS E URBANÍSTICOS PRÉVIOS AO INÍCIO DE OBRAS. EMENDA À INICIAL. IMISSÃO DE POSSE CASSADA. RECURSO PROVIDO.

1. Os arts. 13, 19 e 20 do Decreto-lei nº 3.365/1941 autorizam a discussão, nos autos da própria expropriação, de vícios processuais porventura existentes, dentre os quais ausência de documentos indispensáveis ao ajuizamento da ação (arts. 282 a 284 do CPC), seguindo-se o rito ordinário após a citação naquela demanda.

2. *In casu*, tratando-se de desapropriação para instalação de um distrito industrial (utilidade pública), o art. 5º do Decreto-lei nº 3.365/1941 exige prévio e exposto projeto de implantação, devidamente aprovado pelo Poder competente após o cumprimento de todos os requisitos legais, inclusive normas de cunho ambiental — vetoras da ordem econômica — e urbanístico. Doutrina indiscrepante.

3. Consoante o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: "a hipótese legal de desapropriação elencada pelo administrador como fundamento do decreto expropriatório - art. 5º, i, do Decreto-Lei 3.365/41, no caso dos autos - deverá ser compatível com o fim a que ele se destina, sob pena de se viciar o ato praticado" (STJ, RMS 18703/BA, Rel. Ministra Denise Arruda, 1ª Turma, DJU 29/03/2007).

4. Assim, muito embora a discussão sobre a regularidade da aprovação prévia de eventual projeto de implantação somente possa ser efetuada em demanda própria, a documentação pertinente a essa circunstância deve acompanhar a petição inicial da ação expropriatória,

por ser indispensável à propositura dessa lide, inclusive para assegurar ao magistrado que na espécie as normas urbanísticas e ambientais estão sendo régia e previamente respeitadas.

5. Se o ente público declara um determinado fim para o ato expropriatório que intenta executar mediante ação judicial, a comprovação ao menos dos aspectos formais atinentes à finalidade do mencionado ato deve se verificar na documentação que acompanha a vestibular.

6. Desse modo, afigura-se descabida a imissão na posse do ente público agravado, sob a justificativa deste de que necessita iniciar obras pertinentes à implantação de distrito industrial, sem que, no entanto, se tenha exibido ao juiz da causa o respectivo projeto previamente aprovado pelos órgãos competentes (documento indispensável), segundo o qual teria sido fielmente cumprida a finalidade de alocação desse empreendimento em território mais adequado para tanto, consoante o art. 1º, caput, da Lei municipal nº 288/2011 (p. 26).

7. Ademais, cerceia a defesa da parte adversa da lide expropriatória a impossibilidade de ter acesso a tais documentos, ainda que para exercer o contraditório em ação própria diferida, consoante prevê o art. 20 do Decreto-lei nº 3.365/1941.

8. Respeitante ao perigo de dano irreparável, este requisito encontra-se igualmente evidenciado na hipótese, haja vista que a consumação da posse provisória do ente municipal, com feitura de obras e destruição de benfeitorias por acaso existentes no imóvel objeto da desapropriação, tornará sem eficácia quaisquer decisões futuras.

9. Apelo conhecido e provido. (Agravo de instrumento nº. 0076851-24.2012.8.06.0000, publicado em 11.04.2013)

Do exposto, CONHEÇO do recurso intentado, para DAR-LHE PROVIMENTO, tornando definitiva a decisão interlocutória às fls. 52/61, de modo a cassar a decisão agravada, estabelecendo-se a posse do imóvel em favor da parte agravante.

É como voto.

Fortaleza, 1º de abril de 2015.

AÇÃO RESCISÓRIA

PROCEDIMENTO RESCISÓRIA Nº 12117-69.2009.8.06.0000/0

AUTOR: MUNICÍPIO DE FORTALEZA

RÉS: MARIA GORETTI SILVEIRA CIDRÃO; MARIA DE FÁTIMA ALVES DE SOUSA; MARIA JOSIRE VITORINO LIMA; MARIA SOCORRO BRAGADE SANTANA; e MARIA SOCORRO RODRIGUES BRITO.

ORGÃO JULGADOR: CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS.

RELATORA: DES^a MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, INCISO V, DO CPC. VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO LEGAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. FISIOTERAPEUTAS. DECRETO MUNICIPAL Nº 7.153/88. ISONOMIA DE VENCIMENTOS COM SERVIDORES BENEFICIADOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA COISA JULGADA. SÚMULA 339 DO STF. AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 37, INCISO X. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

1. A Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal, que impede a propositura de ação rescisória quando o fundamento legal da decisão rescindenda era de interpretação controvertida nos tribunais, não encontra aplicação quando a matéria for de natureza constitucional.

2. É plenamente admissível o ajuizamento de ação rescisória, a despeito da mencionada Súmula 343/STF, quando se tratar de questão constitucional

controvertida - sendo que, na hipótese, à época do julgado rescindendo, o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado de forma diversa sobre a questão - pois a manutenção de pronunciamento divergente da interpretação da Corte Constitucional afrontaria a força normativa da Constituição. Precedentes do STF.

3. No caso, o fato de haver distinção entre os vencimentos dos autores/requeridos e de outros servidores tidos como paradigmas, que tiveram reconhecidos, por força de decisão judicial, em ação proposta perante a Justiça do Trabalho, a vantagem pecuniária pretendida, não gera direito à isonomia postulada.

4. É impossível a extensão, pela via judicial, a título de isonomia, de vantagens salariais obtidas por servidor, em ação judicial, a outros servidores que não integraram a relação processual, porquanto a decisão proferida se aplica exclusivamente àqueles que participaram da ação, não se estendendo a terceiros, a ela estranhos, sob pena de extrapolar os limites subjetivos da coisa julgada (art. 472 do CPC).

5. A teor da Súmula nº 339 do STF, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores com fundamento no princípio da isonomia, que só se efetiva por expressa previsão legal.

6. Nos termos do disposto no art. 37, inciso X, da Constituição Federal vigente, a remuneração dos servidores públicos e os subsídios, conforme o caso, somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa, em cada caso.

7. Pedido rescisório julgado procedente.

ACORDÃO

ACORDAM os membros integrantes das CÂMARA CÍVEIS REUNIDAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade, em julgar procedente o pedido formulado na presente ação rescisória, nos termos do voto da relatora, parte integrante deste.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Procedimento Rescisório, com pedido de medida liminar antecipatório de tutela, ajuizado pelo MUNICÍPIO DE FORTALEZA; objetivando, num primeiro momento, desconstituir a decisão colegiada/acórdão, de lavra da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, proferida nos autos do Recurso de Apelação Cível nº 36700-57.2005.8.06.0001/1 (nº SPROC: 2005.0013.8064-0/1), e, em seguida, obter um novo julgamento da pretensão originária.

Ao que consta destes autos, discutiu-se na pretensão inicial; deduzida pelas Senhoras MARIA GORETTI SILVEIRA CIDRÃO; MARIA DE FÁTIMA ALVES DE SOUSA; MARIA JOSIRE VITORINO LIMA; MARIA SOCORRO BRAGA DE SANTANA; MARIA SOCORRO RODRIGUES BRITO, ora rés, em desfavor do MUNICÍPIO DE FORTALEZA, ora Autor; se aquelas, servidoras públicas ocupantes de Cargos Públicos de Fisioterapeutas e lotadas no Instituto Dr. José Frota/IJF, teriam, com fundamento no princípio constitucional da isonomia e nos termos do Decreto do Município de Fortaleza nº 7.135/85, direito a terem seus salários/vencimentos vinculados à múltiplos do Salário Mínimo Nacional.

A decisão colegiada objeto deste procedimento restou ementada nos seguintes termos:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO: SERVIDORES PÚBLICOS. ISONOMIA. ATRELAMENTO AO SALÁRIO MÍNIMO.

I. A vedação do art. 37, XIII, da Constituição Federal refere-se apenas à vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias entre servidores públicos de diferentes categorias ou pertencentes a entidades públicas distintas. Tratando-se de servidores da mesma carreira e do mesmo quadro funcional, a equiparação salarial pode ser deferida pelo Judiciário.

II. O art. 7º, IV, da Constituição Federal visa coibir que o salário mínimo sirva de índice de correção monetária ou salarial, implicando em aumento automático das verbas a ele atreladas. Nada impede que, em respeito ao princípio da isonomia, sirva como parâmetro para uniformizar os salários de servidores de idêntica categoria funcional, sem implicar no reconhecimento do direito a reajustes decorrentes de futuras majorações do salário mínimo.

III. Recurso voluntário não provido.

O Município de Fortaleza, Autor desta demanda, aponta, em síntese, violação de literal disposição de lei, sustentando que, no caso, restaram ofendidos os arts. 5º, *caput*, 7º, inciso IV e 37, inciso X, todos da CF/88, bem como o Enunciado de nº 339 da Súmula do Supremo Tribunal Federal/STF, requerendo, ao final, a procedência do pedido rescisório e, conseqüentemente, que seja julgada improcedente a pretensão isonômica formulada originalmente pelas autoras/requeridas.

À fl. 123, prolatei despacho em que determinei a oitiva das Rés para, querendo, se contraporem aos fundamentos deduzidos pelo Município de Fortaleza.

Às fls. 126/131, as rés, através de seus patronos, dão-se por efetivamente citadas em 05 de julho de 2010.

Conforme se vê às fls. 166/183, somente em 08 de outubro de 2010; ou seja, mais de 90 (noventa) dias após serem efetivamente citadas; as rés contestam a pretensão inicial, oportunidade em que argumentam:

(i) “*que não se deve olhar para o princípio da isonomia de modo restritivo, posto que sua própria natureza de princípio exige que deva ser interpretado de modo abrangente*” [fl. 169].

(ii) “*a Súmula 339 do STF não é lei e nem tampouco vincula o julgador; ademais o caso das ora requeridas difere substancialmente dos casos que fizeram surgir a Súmula 339. Quer-se dizer que o caso em tela*

não é, em verdade, o de concessão de aumento por decisão judicial. Trata-se, ao contrário, de fazer valer o princípio constitucional da isonomia, desprezado pelo Poder Legislativo, cuja omissão cabe ao judiciário reparar, pena de descumprir seu papel, em violação ao art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna”. [fl. 169];

(iii) que existiriam precedentes análogo ao caso em comento que adotaram teses virtualmente favoráveis às rés;

(iv) a impossibilidade de conceder-se a tutela liminar antecipatória pleiteada pelo Município de Fortaleza por inexistir nos autos prova da verossimilhança exigida pelo art. 273, *caput*, do Código de Processo Civil/CPC.

À fl. 185 intimei as partes envolvidas para, querendo, apresentarem suas alegações finais.

Às fls. 188/210 as Rés apresentaram memoriais.

Instada a pronunciar-se nos autos, a d. Procuradoria Geral de Justiça/PGJ opinou pela rescisão do julgado combatido e, na sequência, pela improcedência do pleito originário.

Autos retornaram-me conclusos para julgamento em 22 de setembro de 2014.

É o relatório. Nos termos do art. 551 do CPC c/c art. 34, § 1º, inc. II, do RITJCE, remetam-se os autos à douta revisão.

VOTO

Conforme relatado, o procedimento rescisório ora analisado socorre-se de dois fundamentos diversos para justificar seu processamento, o primeiro deles - com esteio no inc. V, do art. 485 do Código de Processo Civil/CPC - é o de que a decisão judicial combatida teria infringindo a literal disposição dos arts. 5º, *caput*, 7º, inciso IV, e 37, inciso X, todos da Constituição Federal de 1988/CF88; já o outro fundamento seria o de que esse mesmo *decisum* ter-se-ia fundado, assim como dispõe o inc. IX do preceptivo legal retromencionado, em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Antes, porém, de prosseguir com o exame da *judicium rescindens*, chamo, desde já, a atenção de meus pares para o fato de que,

apesar dessa ação rescisória, como visto anteriormente, embasar-se em dois fundamentos de fato diferentes, bastará se verificar a ocorrência de um para que se passe a fase seguinte, qual seja, a de realização do *judicium rescissorium* - novo julgamento da demanda originárias.

Isso justifica-se porque cada uma das hipóteses previstas nos incisos do art. 485 do CPC diz respeito a uma causa de pedir suficiente para fundamentar a rescisão do julgado - *judicium rescindens*. Comentando o assunto, veja-se a lição do grande José Carlos Barbosa Moreira:

A cada fundamento típico (não a cada inciso) corresponde uma possível causa de pedir. [...] Quando alguém pede a rescisão de sentença com invocação de dois ou mais fundamentos, na realidade está propondo duas ou mais ações rescisórias cumuladas.

[in “Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória”. Temas de direito processual – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 205].

Assim sendo, passo, num primeiro momento, ao exame da ocorrência, ou não, de literal violação ao disposto em lei e, em seguida, somente se for o caso, das demais causas rescindentes arguidas pelo Autor desta Ação Rescisória, o Município de Fortaleza.

Conforme já consolidado e amplamente reconhecido por doutrina e jurisprudência, a violação literal de lei, prevista no inciso V do artigo 485 do CPC, remete à decisão judicial que apresentou para a norma jurídica interpretação e/ou aplicação absurda, expressamente infundada, teratológica, impensável, que se constata de plano por sua simples análise. Nesse sentido, cumpre indicar precedente oriundo do Superior Tribunal de Justiça/STJ:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 485, V, DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA DE LEI LOCAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 827/97. SÚMULA Nº 280 E Nº 343/STF. 1. O pedido rescindendo deduzido em ação rescisória com fundamento no inciso V do art. 485 do CPC

depende necessariamente da existência de violação direta, aberrante, observada "*primo oculi*", a literal disposição de lei. Precedentes. **2.** "*Demanda rescisória não é instrumento hábil a rediscutir a lide, pois é de restrito cabimento, nos termos dos arts. 485 e seguintes do CPC*" (AgRg no AREsp 450.787/GO, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 26/05/2014). **3.** Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (Súmula nº 343/STF). **4.** Agravo regimental não provido. [AgRg no AREsp 526.669/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 24/09/2014].

Pois bem, não há a menor dúvida de que a decisão colegiada combatida – ao decidir pela manutenção da sentença proferida em primeiro grau de jurisdição que julgou procedente a pretensão deduzida originalmente pelas ora Réis “*para o fim de declarar [...] a obrigatoriedade do demandado MUNICÍPIO DE FORTALEZA, em fixar os seus vencimentos de fisioterapeuta, na forma e valores contidos nas regras do Decreto Municipal nº 7.153/85, ou seja: respeitando o teto salarial ali referido (seis salários mínimos) e em igualdade de condições com todos os demais profissionais da área que a ele fazem jus e que foram apontados como paradigmas*” [vide fl. 77] – acabou, assim como argumentado pelo Autor desta demanda rescisória, por violar várias disposições insertas na CF/88.

Isso porque, inegavelmente, a fixação, mesmo por meio dos Decretos Municipais nº 7.809/88 e nº 7.853/88, dos vencimentos de algumas categorias de servidores públicos com base em múltiplos do salário mínimo guarda flagrante incompatibilidade material com o disposto no art. 7º, IV, da Carta Republicana, que veda explicitamente a utilização do valor do salário mínimo nacional como fator de inexação para qualquer fim.

Nesse mesmo sentido, veja-se o que já dizia o Supremo Tribunal Federal/STF a respeito dessa questão antes mesmo de ser prolatada a decisão judicial objeto desta rescisória - o que se deu, assim como atesta a certidão encartada à fl. 110, em 28 de março de 2007:

EMENTA: A decisão agravada mostra-se coerente com a jurisprudência consolidada desta Corte, no sentido de que a Constituição, em seu art. 7º, IV, veda a fixação da remuneração do pessoal da Administração Pública em múltiplos do salário mínimo. Agravamento Regimental a que se nega provimento.

[STF - Ag. Reg. no RE nº 258.006-6/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11.6.2002, DJ 2.8.2002]

Outrossim, não andou bem a decisão a qual se busca rescindir quando determinou, com fundamento único no princípio da isonomia, que fossem estendido às Rês o pagamento do piso salarial concedido à terceiro, por força de outra decisão judicial. É que existe entre eles uma diferença fundamental que não pode ser ignorada, qual seja, a de que os paradigmas tiveram suas pretensões acolhidas pela Justiça por meio de sentença transitada em julgado, decisão esta que, nos termos do art. 472 do CPC, não pode ter sua eficácia estendida a quem não foi parte no processo.

Impede, ainda, salientar que, mesmo em se tratando de servidores ocupantes de cargos idênticos, em conformidade com o que dispõe o art. 37, inc. X, da CF/88, não poderia o Poder Judiciário, com o objetivo de corrigir desigualdades e mediante aplicação do princípio da isonomia, conceder-lhes reajustes salariais para fins de equiparação, haja vista que a remuneração e os subsídios dos servidores públicos só podem ser alterados por meio de lei específica. Esse raciocínio já se encontra sedimentado faz muito tempo na cultura jurídica brasileira, nesse sentido veja-se o teor do enunciado de nº 339 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, aprovada em 13 de dezembro de 1963:

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.

Ainda a respeito do que acabou de ser dito, recentemente, o STF, por meio de seu Plenário, aprovou a conversão do enunciado acima reproduzido na Súmula Vinculante de nº 37. Quanto a isso, reproduz-se o teor de notícia veiculada no site da Suprema Corte:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou, nesta quinta-feira (16), quatro Propostas de Súmula Vinculante (PSV) com o objetivo de conferir agilidade processual e evitar o acúmulo de processos sobre questões idênticas e já pacificadas no Tribunal. As propostas aprovadas tratam de gratificação para inativos na carreira da seguridade social e trabalho (PSV 19); continuidade da persecução penal em caso de descumprimento de cláusulas de transação penal (PSV 68); competência da Justiça Federal para julgar crimes de falsificação de documentos expedidos pela Marinha do Brasil (PSV 86), e impossibilidade de o Judiciário aumentar vencimento de servidores públicos sob o argumento de isonomia (PSV 88).

As súmulas vinculantes têm força normativa e devem ser aplicadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Todas as propostas aprovadas tiveram parecer favorável da Procuradoria Geral da República.

Também na sessão desta quinta, o Plenário rejeitou a PSV 47, sobre o fim da vigência do IPI - crédito prêmio. Prevaleceu o entendimento de que não há controvérsia sobre o assunto e que os processos sobre o tema são residuais.

[...]

PSV 88

Neste caso, os ministros aprovaram a conversão da Súmula 339 em verbete de súmula vinculante para dispor sobre a impossibilidade de o Poder Judiciário aumentar vencimentos dos servidores públicos sob o fundamento de isonomia. Depois de publicado, o texto será equivalente à Súmula Vinculante 37:

“Não cabe ao poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277650>>, acesso em 21 de outubro de 2014].

ISSO POSTO, por entender que a decisão colegiada combatida infringiu a literalidade do art. 7º, inc. IV, e do art. 37, inc. X, da CF/88, julgo procedente o *judicium rescindens* para desconstituir a decisão judicial combatida e passarei, na sequência, ao *judicium recissorium* – novo julgamento da causa.

Como já restou dito, o cerne da questão discutida gira em torno de avaliar a possibilidade, ou não, de concessão de isonomia vencimental às autoras da pretensão originária, servidoras públicos municipais.

Ocorre que, com fundamento em tudo aquilo que acabou de ser dito quando do *judicium rescindens*, o pleito acima referido encontra óbice no art. 7º, IV da Constituição Federal, que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, bem como no disposto no, também já mencionado, art. 37, inc. X, da CF/88. Nesse mesmo sentido, veja-se o que decidiu em caso idêntico o e. Órgão Especial do TJCE, quando do julgamento do Recurso de Embargos Infringentes de nº 0009762-86.2009.8.06.0000/50001, que contou com a relatoria do Exmo. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA. SÚMULA 343, STF. TEXTO LEGAL DE INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA NO TRIBUNAL. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. FORÇA NORMATIVA DA LEI FUNDAMENTAL. PRESERVAÇÃO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL. ISONOMIA SALARIAL. EXTENSÃO. SERVIDORES MUNICIPAIS. DECRETO MUNICIPAL 7.153/1985. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 339, STF. EMBARGOS DESPROVIDOS.

1. A despeito de não ser uníssona a jurisprudência desta Corte à época em que prolatado o acórdão impugnado, cuidando-se de matéria constitucional, não tem aplicação a Súmula 343, STF: "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais", sob pena de afronta à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. **2.** É assente na jurisprudência do Pretório Excelso, no tocante à isonomia constitucional versus a proibição de equiparação ou vinculação de vencimentos, não caber ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de

isonomia (Súmula 339, STF). 3. Embargos infringentes conhecidos, mas desprovidos.

[TJCE, Embargos Infringentes em Ação Rescisória de nº 0009762-86.2009.8.06.0000/50001, julgado em 31 de maio de 2012].

Na ocasião, Sua Excelência, decano dessa e. Corte, foi muito feliz ao dispor que “a orientação do Supremo Tribunal Federal, haurida de diversos precedentes, consigna, no tocante à isonomia constitucional versus a proibição de equiparação ou vinculação de vencimentos, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia (Súmula 339 do STF)”. Assim como ao concluir, logo em seguida, que “o § 1º do art. 39 da Magna Carta, redação anterior à EC 19/98, encerra preceito dirigido ao legislador, a quem compete concretizar o princípio da isonomia, não cabendo ao Judiciário substituí-lo nesse mister. Precedentes: ADI 1.776-MC, RE 160.850, RE 173.252, RE 192.659, RE 194.263, RE 205.855-ED-EDv, RE 228.522, RE 342.802-AgR e AI 373.929-AgR (STF, RE 475915 AgR, Relator Min. Ayres Britto, Primeira Turma, j. em 17.10.2006, DJ 17.11.2006 PP-00053 EMENT VOL-02256-05 PP-01004)”.

Esse foi o mesmo raciocínio desenvolvido pelo MPCE quando emitiu o parecer encartado às fls. 213/217, cujo fundamento, em razão de sua didaticidade, passa-se a transcrever parcialmente:

Ademais, ao Poder Judiciário não é dada a possibilidade de aumentar vencimentos de servidores erigindo como substrato legal o princípio da igualdade, sob pena de redundar numa censurável afronta ao princípio da separação de poderes. [*vide* fl. 216]

Em decorrência de todo o exposto, JULGA-SE PROCEDENTE a presente ação rescisória movida pelo Município de Fortaleza e, em consequência, rescinde-se o acórdão prolatado nos autos do Recurso de Apelação Cível nº 2005.0013.8064-0/1, razão pela qual, profere-se outra em seu lugar, dando-se por improcedente o pleito deduzido originalmente pelas Rés.

Por fim, tendo por base os parâmetros delineados nas alíneas do § 3º do art. 20 do CPC¹, em especial o tempo de tramitação do presente procedimento rescisório - mais de cinco anos -, a quantidade de atos produzidos nos autos e a complexidade da causa, condeno as Rés, nos termos do *caput* e do § 4º do artigo *retro*, a pagar honorários advocatícios, que ora fixo em R\$ 5.000,00 [cinco mil reais], além do pagamento das custas processuais pertinentes. Sendo que essas obrigações, assim como preconiza o art. 23 do CPC, devem ser adimplidas de forma equitativa.

É como voto Sr. Presidente.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2014.

1 Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

PROCESSO: 0145052-65.2012.8.06.0001 – APELAÇÃO CRIME
APELANTES: FRANCISCO NEREU LIMA DE PAIVA DANTAS E
WESLEY MOREIRA REDE
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO – APELAÇÃO REQUERENDO ABSOLVIÇÃO, SOB A ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS CONTUNDENTES PARA UMA CONDENAÇÃO, EVOCANDO O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* E SUBSIDIARIAMENTE A DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA FURTO – VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA DEMONSTRADA – PLEITEIA AINDA O SEGUNDO RECORRENTE (WESLEY) O RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DA MENORIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DOS PEDIDOS – REPRIMENDAS LANÇADAS NO MÍNIMO LEGAL – CONFISSÃO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA EXTREMAMENTE ADEQUADA AO JULGAMENTO DA CAUSA – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

- Comprovadas a autoria, a materialidade e a ocorrência do delito, não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas. Em crimes contra o patrimônio, de prática clandestina, a palavra da vítima, quando coerente e harmônica com os demais elementos probatórios, prevalece sobre a negativa dos agentes.

- Inviável a pretensão dos apelantes de desclassificação do crime para furto, se devidamente demonstrado que os agentes subtraíram coisa alheia móvel, mediante uso de violência e grave ameaça.
- Se as penas base já foram fixadas nos menores patamares previstos, não há que se falar em mitigação destas.
- A súmula 231 do STJ veda a redução da pena para patamar aquém do mínimo cominado ao delito, mesmo sendo reconhecidas circunstâncias atenuantes em favor dos réus.
- Recursos conhecidos e improvidos.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer das apelações interpostas e negar-lhes provimento, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste.

Fortaleza, CE, 4 de novembro de 2014.

RELATÓRIO

Apelação interposta pelos acusados FRANCISCO NEREU LIMA DE PAIVA DANTAS E WESLEY MOREIRA REDE, contra sentença que os condenou pela prática da infração capitulada no art. 157, § 2º, II, do CPB, à pena de cinco (05) anos e quatro (04) meses de reclusão no regime inicial semiaberto, bem como o pagamento de dez (10) dias-multa.

Inconformados com esse resultado, os apelantes interpuseram os recursos em exame, com razões às fls. 280/289 e 291/296, requerendo o seguinte: absolvição, com base na ausência de provas contundentes para uma condenação, evocando o princípio do *in dubio pro reo* e a

desclassificação do crime de roubo para furto. Pugna, ainda, o segundo apelante pela redução da pena base para patamar aquém do mínimo legal, em virtude da incidência de atenuantes da menoridade e da confissão espontânea.

As Contrarrazões da Promotoria de Justiça foram ofertadas às fls. 300/311, propugnando-se pelo improvimento dos apelos. O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça foi exarado no mesmo sentido, podendo ser visto às fls. 318/321.

O feito foi distribuído para este Gabinete em 27/03/2014, conforme dados do sistema SAJ, vindo conclusivo para apreciação.

Era o que se tinha a relatar, determinando a remessa dos autos à D.D. Revisora para os devidos fins.

VOTO

Os recursos devem ser conhecidos, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

No mérito, após exame minucioso dos autos, tem-se que a condenação deve ser mantida, posto que fiel às provas colhidas na instrução.

A materialidade delitativa restou demonstrada nos autos pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito (fls. 06/07), Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 21), bem como pelo Termo de Restituição (fls. 34), além da prova oral colhida nos autos.

Narra a exordial acusatória que o crime ocorreu no dia 13 de outubro de 2012, por volta das 20 horas, na Avenida Perimetral, após a rotatória do bairro Mondubim. Restou apurado que a vítima, no momento em que parou a sua motocicleta, para que uma amiga que estava na garupa desembarcasse, foi abordada pelos denunciados. Os indivíduos, simulando uso de arma de fogo, anunciaram o assalto e subtraíram a motocicleta Honda CG 150 Titan EX e os dois capacetes que a mesma portava.

Os indiciados, tão logo findaram a ação criminosa, empreenderam fuga. No entanto, a polícia foi acionada e conseguiu deter os autores do crime, na residência de um destes, os quais ainda portavam a *res furtiva*. Ressalte-se que a vítima reconheceu os denunciados como sendo os autores do assalto que sofrera, bem como identificou seu veículo.

Com base nas provas colhidas, o juízo *a quo* condenou os apelantes FRANCISCO NEREU LIMA DE PAIVA DANTAS E WESLEY MOREIRA REDE, pela prática da infração capitulada no art. 157, § 2º, II, do CPB, à pena de cinco (05) anos e quatro (04) meses de reclusão no regime inicial semiaberto, bem como o pagamento de dez (10) dias-multa.

Inconformados com esse resultado, os apelantes interpuseram o recurso em exame, com razões às fls. 280/289 e 291/296, requerendo a absolvição, com base na ausência de provas contundentes para uma condenação, evocando o princípio do *in dubio pro reo* e a desclassificação do crime de roubo para furto. Pugna, ainda, o segundo apelante pela redução da pena base para patamar aquém do mínimo legal, em virtude da incidência de atenuantes da menoridade e da confissão espontânea.

Em sede de crimes patrimoniais, configura-se extremamente preciosa a palavra da vítima para o reconhecimento dos autores do roubo, mormente quando não há nada nos autos que demonstre que o ofendido tenha inventado tais fatos, com a simples intenção de prejudicar os acusados.

A vítima, bem como a testemunha presencial do roubo, relataram toda a dinâmica do crime, assegurando com firmeza o reconhecimento dos autores, tanto na fase inquisitorial quanto na instrutória.

Nessa linha de entendimento os julgados a seguir transcritos:

“Nos crimes contra o patrimônio, como o roubo, muitas vezes praticados na clandestinidade, crucial a palavra do ofendido na elucidação dos fatos e na identificação do autor”

(TACrimSP - AC - Rel. Wilson Barreira - RT 737/624).

“(...) A palavra da vítima, sobretudo em crimes de repercussão patrimonial, é de extrema valia, especialmente quando descreve com firmeza o "modus operandi", e reconhece, do mesmo modo, a pessoa que praticou o delito, imediatamente, uma vez que seu único interesse é identificar o culpado, porque se assim não fora, grassaria odiosa e absurda impunidade. Recurso improvido.”

(TJMG - AC 1.0024.00.143176-6/001 - 1ª Câmara Criminal - Rel. Dês. Sérgio Braga - j. 20/04/2004).

Ressalte-se, ainda, que em casos como o delito de roubo, se os objetos subtraídos são encontrados em poder dos apelantes, inverte-se o ônus da prova, cabendo a eles provar de forma convincente a origem lícita do bem.

In casu, a *res furtiva* foi apreendida em poder dos apelantes, o que, associado aos demais elementos de prova colhidos nos autos, não deixa qualquer dúvida acerca da autoria delitiva.

Sendo assim, não há como acatar o pedido de absolvição, com base no princípio do *in dubio pro reo*, uma vez que não existem dúvidas quanto à existência do crime nem tampouco quanto à autoria, na medida em que esta foi suficientemente evidenciada através da prova colhida nos autos. Destarte, percebe-se, claramente, que não há espaço para a absolvição pleiteada, razão pela qual deverá subsistir a condenação imposta aos apelantes pelo delito de roubo majorado.

Portanto, verificado que a sentença está em consonância com as provas colhidas durante a instrução criminal, haja vista as declarações da vítima e testemunha, aliadas às circunstâncias fáticas que envolveram o delito em questão, não há falar em absolvição.

Consigne-se, por oportuno, não haver dúvidas quanto à grave ameaça empregada para o cometimento do crime, sobretudo pelas palavras da vítima, restando claro que foi ameaçada com, no mínimo, simulação de emprego de arma de fogo, capaz de incutir elevado temor na mesma, tendo, inclusive, lhe sido mostrado objeto que a fez crer tratar-se de arma de fogo.

Diante disso, não merece prosperar a tese defensiva levantada pelos defensores dos recorrentes de desclassificação da conduta para o crime de furto.

(...) qualquer tipo de violência incidente sobre a pessoa humana, com a finalidade de levar-lhe os pertences, configura o roubo, e não um simples furto. Ainda que a violência seja exercida contra a coisa, se de algum modo atingir a pessoa (lesionando-a ou não), existe roubo. O tipo penal do furto é bem claro, prevendo conduta livre de qualquer violência (uso de força ou coação) contra a pessoa humana, enquanto o tipo de roubo inclui tal figura. Logo, não é possível dizer que um 'singelo' empurrão no ofendido

não é suficiente para concretizar a violência exigida pelo tipo legal de roubo. A violência não tem graus ou espécies: estando presente, transforma o crime patrimonial do art. 155 para o previsto no art. 157 (...)
("in" Código Penal Comentado, Guilherme de Souza Nucci, Revista dos Tribunais, 2000, p. 441).

"A violência física que tipifica o roubo consiste em ação física, que impossibilita, dificulta ou paralisa a possibilidade de a vítima evitar a subtração da coisa móvel de que é detentora, possuidora ou proprietária"
(RT - 542/374).

Sabe-se que o delito de furto distingue-se do roubo exatamente em razão da violência ou da grave ameaça empregada, sendo certo que os agentes demonstraram a intenção voltada para o arrebatamento do bem material.

O acervo probatório não permite a desclassificação da conduta perpetrada para qualquer outra do ordenamento jurídico, vez que somadas, na espécie, a grave ameaça à subtração de bem, configuram, a toda evidência, o delito complexo de roubo, pelo que a manutenção de suas condenações pelo crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal é medida que se impõe.

Finalmente, observa-se não assistir razão à Defesa quando pleiteia a redução da pena, em virtude do reconhecimento das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea. É que a pena base dos recorrentes foi aplicada no patamar mínimo e a incidência das citadas atenuantes não podem reduzir a pena privativa de liberdade para aquém do mínimo legal.

Tal prática é vedada pela súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, "in verbis":

"A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Em síntese, conclui-se que não prosperam as irresignações recursais, devendo ser mantida *in totum* a respeitável sentença proferida.

Nesse ponto, se faz oportuna a transcrição de ementa de acórdão, sobre o tema:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - PRELIMINAR DE NULIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - REJEIÇÃO - MÉRITO - ROUBO MAJORADO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONFISSÃO AMPARADA POR RECONHECIMENTO DA VÍTIMA ALIADO À DELAÇÃO DO MENOR ENVOLVIDO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO - INVIABILIDADE - GRAVE AMEAÇA E VIOLÊNCIA COMPROVADAS PELO FIRME CONJUNTO PROBATÓRIO - CONDENAÇÃO MANTIDA - REPRIMENDA - RECONHECIMENTO DA MENORIDADE RELATIVA - INVIABILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE OU CONCESSÃO DO SURSIS - NÃO CABIMENTO. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A acareação não é providência obrigatória, é faculdade do Juiz, não caracterizando cerceamento de defesa o seu indeferimento. 2. Não há falar-se em absolvição se o conjunto probatório é firme e aponta a autoria e materialidade do delito, emergindo clara a responsabilidade penal do apelante através do reconhecimento da vítima aliado à delação do menor envolvido. 3. Destarte, também, não há que se falar em desclassificação para o delito de furto se comprovadas a grave ameaça e a violência exercidas contra a vítima para a prática da subtração. 4. Impossível reconhecer em favor do réu a atenuante da menoridade relativa se à época dos fatos o mesmo era maior de vinte e um (21) anos de idade. 6. Diante do não preenchimento dos requisitos legais dos artigos 44 e 77 do Código Penal, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão do *sursis*.

(Apelação Criminal Nº 1.0024.11.303131-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - TJMG,- 6ª Câmara Criminal, Relator Rubens Gabriel Soares, Data de Julgamento: 23/04/2013, Publicado no DJE: 03/05/2013).

A sentença condenatória está devidamente fundamentada, respaldada pelo conjunto probatório, que se apresenta lógico, coerente e harmônico, não havendo nenhum reparo a proceder.

Posto isso, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, emite-se o voto no sentido de negar provimento ao apelo interposto, confirmando a sentença combatida em sua integralidade.

É o voto.

Fortaleza, CE, 4 de novembro de 2014.

PROCESSO:0001631-82.2012.8.06.0044 – APELAÇÃO CRIME
APELANTE: MARIA JÚLIA MONTEIRO JULIÃO SANTIAGO
ADVOGADO: ALIOMAR SANTANA BORGES (OAB 14376/CE)
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. LEI DE LICITAÇÕES. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E EFETIVO DANO AO ERÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

A Corte Especial e do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Ação Penal 480/MG, admitiu, por maioria, o entendimento de que é exigível a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo a fim de caracterizar o crime definido no art. 89 da Lei n.º 8.666/1993.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, dando-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 7 de abril de 2015.

RELATÓRIO

Maria Júlia Monteiro Julião Santiago apela da sentença que a condenou a 5 anos reclusão, mais multa, regime inicialmente semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 89, da lei nº 8.666/93, c/c o art. 71, do Código Penal, pleiteando a sua absolvição.

A Promotoria, no revide, predica a manutenção do *decisum* tal como proferido.

Ouvida, a PGJ é pelo improvimento do recurso.

Relatório, em síntese.

Peço data para julgamento.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço. Conforme antecipado no relatório, a recorrente apela da decisão que a condenou a 5 anos reclusão, mais multa, regime inicialmente semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 89, da lei nº 8.666/93, c/c o art. 71, do Código Penal.

Segundo consta na exordial acusatória, no período de março a dezembro de 2003, na qualidade de Gestora da Secretaria de Educação do Município de Barreira, a denunciada deixou de observar as formalidades legais e dispensou diversas licitações fora das hipóteses previstas em lei.

Pretende a apelante a sua absolvição sob o argumento de que não há provas de que a sua conduta se deu com o fim específico de locupletamento, apto a causar lesão ao erário. Argumenta que o crime em análise exige o dolo específico e efetivo dano ao erário, o que não foi comprovado.

A respeito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmada a partir do julgamento da APn n. 480/MG, a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao Erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos. Esta é a ementa do referido julgado:

Nesse sentido:

AÇÃO PENAL. EX-PREFEITA. ATUAL CONSELHEIRA DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. FESTA DE CARNAVAL. FRACIONAMENTO ILEGAL DE SERVIÇOS PARA AFASTAR A OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO. ARTIGO 89 DA LEI N. 8.666/1993. ORDENAÇÃO E EFETUAÇÃO DE DESPESA EM DESCONFORMIDADE COM A LEI. PAGAMENTO REALIZADO PELA MUNICIPALIDADE ANTES DA ENTREGA DO SERVIÇO NECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO E DA CARACTERIZAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO.

Os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal. Caso em que não estão caracterizados o dolo específico e o dano ao erário. Ação penal improcedente.

(Relator p/ acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, Dje 15/6/2012)

No caso concreto, foi a recorrente condenada como incurso no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, por ter contratado serviços de locação de veículos, aquisição de material de expediente e limpeza e peças de veículos sem do devido processo licitatório. No entanto, em momento algum, o juízo comprovou ter havido a intenção de causar prejuízo aos cofres públicos ou terem sido exorbitantes os valores pagos, limitando-se a presumir o prejuízo em face da não realização do procedimento licitatório, nos seguintes termos:

“(…) Com efeito, a realização de procedimento licitatório, além de dificultar a ocorrência de vícios e irregularidades transgressores dos princípios constitucionais da Administração Pública, garante, na imensa maioria das vezes, a contratação mais vantajosa para a Administração. Eis aí o efetivo prejuízo ao erário!!!(…)”

Verifica-se que foi considerada pela sentenciante, para a consumação do crime previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93, a orientação jurisprudencial segundo a qual, não se exigia a presença de resultado naturalístico para a incidência do tipo penal, bastando, para tanto, a dispensa irregular de licitação ou o não cumprimento de formalidades previstas na lei. No entanto, a compreensão do e. Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, para a configuração do delito em tela, é necessária a efetiva comprovação do prejuízo ao erário.

Confira-se a jurisprudência:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. (&) omissis;

2. (&) omissis;

3. (&) omissis.

DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI (ARTIGO 89 DA LEI 8.666/1993). NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Esta Relatoria, com base na jurisprudência então dominante neste Superior Tribunal de Justiça, posicionava-se no sentido de que a caracterização do ilícito previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993 prescindia da comprovação da ocorrência de prejuízo ao erário, sendo suficiente a dispensa irregular de licitação ou a não observância das formalidades legais.

2. Contudo, após o julgamento da Apn 480/MG, a Corte Especial deste Sodalício sedimentou o entendimento de que para a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei é imprescindível a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, exigindo-se a efetiva comprovação do prejuízo à Administração Pública.

3. No caso dos autos, tanto o édito repressivo quanto o aresto que o confirmou deixaram de se reportar a qualquer

atitude do paciente capaz de caracterizar o necessário dolo específico de causar prejuízo ao erário, tendo apenas consignado que ordenava despesas sem a observância do procedimento licitatório necessário, o que, como visto, se mostra insuficiente para a caracterização do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993.

4. Constatada a similitude fática dos demais corréus com relação a atipicidade da conduta que ora se reconhece, devem lhes ser estendidos os efeitos desta decisão, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor do paciente, no tocante do delito disposto no artigo 89 da Lei 8.666/1993, estendendo-se os efeitos desta decisão aos demais corréus.

(HC 254.615/TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 23/08/2013)

Isso posto, é o presente para tomar conhecimento do recurso e reformar a sentença monocrática para absolver Maria Júlia Monteiro Julião Santiago da imputação prevista no art. 89, da Lei nº 8.666/93.

É como voto.

Fortaleza, 7 de abril de 2015.

PROCESSO: 0001841-26.2005.8.06.0062 - APELAÇÃO
APELANTE : CLAYTON CAVALCANTE DA SILVA NETO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. ROUBO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. ERRO MATERIAL. NEGATIVA DE AUTORIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM DEPOIMENTO COLHIDO NA FASE INQUISITORIAL NÃO RATIFICADO EM JUÍZO. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS PARA EMBASÁ-LA.

1. A existência de erro material na indicação do nome do réu, no final do decreto condenatório, não se presta a nulificar a decisão, considerando que o juiz *a quo* grafou corretamente o nome do réu no início do édito combatido, apontando ainda o número do processo e a data dos fatos, permitindo a exata compreensão de que a pessoa condenada é o réu daquela ação penal e não outrem. 2. Inexiste nulidade se a condenação está fundamentada em outros elementos válidos, não apenas no depoimento da vítima, colhido ainda na fase do inquérito policial, não ratificado em juízo.

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, CE, 14 abril de 2015.

RELATÓRIO

Apenado com 5 anos de reclusão, mais multa, regime inicial semiaberto, por roubo, interpôs Clayton Cavalcante da Silva Neto, recurso de apelação pretendendo, preliminarmente, a nulidade da sentença e, no mérito, a sua absolvição.

Argumentou que não há nos autos provas consistentes para a sua condenação, negando, com firmeza, a imputação. Nesse contexto, requereu a sua absolvição.

A Promotoria, no revide, criticou a pretensão e predicou a manutenção do *decisum* tal como proferido.

Ouvida, a PGJ manifestou-se pelo improvimento do apelo.

Relatório, em síntese.

À douta revisão.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Segundo apurado no incluso inquérito policial, na data de 10 de janeiro de 2005, o acusado, mediante a "sugesta" de estar armado, subtraiu da vítima Ademar Leandro Rodrigues, a quantia de R\$ 20,00 (vinte reais).

Ao serem noticiados da ocorrência, policiais saíram em diligência e localizaram o denunciado, acompanhado de mais duas pessoas pilotando a moto que teria sido utilizada para a fuga.

Após os milicianos efetuarem um disparo para o alto, o condutor da motocicleta perdeu o controle da direção e acabou por cair, oportunidade em que foram abordados o delatado e a pessoa de Francisco das Chagas Paiva dos Santos, o terceiro ocupante conseguiu fugir.

Ao examinar com mais acuidade o veículo, foi encontrado sob o seu assento um saco plástico incolor contendo, aproximadamente, 5 g. de maconha, que, segundo informado, seria de propriedade do fugitivo.

Denunciado e regularmente processado pelos crimes previstos nos artigos 157, *caput*, do Código Penal e 16, da Lei nº 6.368/76, restou

o delatado, ora recorrente, condenado pelo delito de roubo a pena de 5 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, tendo sido absolvido da imputação prevista no art. 16, da Lei 6.368/76.

No recurso que ora se aprecia, pretende o recorrente, preliminarmente, a nulidade da sentença, porque, ao final do comando condenatório, mais precisamente no dispositivo da sentença, consta a condenação em desfavor de uma outra pessoa - Josenir Ferreira da Costa.

A esse respeito, a existência de erro material na indicação do nome do réu, no final do decreto condenatório, não se presta a nulificar a decisão, considerando que o juiz *a quo* grafou corretamente o nome do réu no início do édito combatido, apontando ainda o número do processo e a data dos fatos, permitindo a exata compreensão de que a pessoa condenada é o réu daquela ação penal e não outrem.

No mérito, alegou o apelante que não há provas suficientes para a sua condenação, sobretudo porque não foi a vítima ouvida em juízo, limitando-se as suas declarações àquelas prestadas na fase inquisitorial.

Nessa vertente, vale salientar que, ao contrário do alegado pelo recorrente, a condenação não está fundamentada apenas no depoimento da vítima, colhido ainda na fase do inquérito policial, uma vez que as declarações do policial que participou da diligência em busca do acusado e que efetuou a sua prisão são esclarecedoras acerca da ação delitiva.

Vejamos:

“Que encontrava-se de serviço no dia do fato; que foi acionado via telefone dando conta de que três pessoas em uma moto encontravam-se fazendo arruaças em Pindoretama-Ce; Que saíram em diligência no intuito de abordá-los; que neste momento foram acionados via rádio que havia acontecido um assalto na Caponga, e os indivíduos, em número de três, haviam fugido em direção à Pindoretama-Ce, em uma moto; Que continuaram as diligências e conseguiram abordar a moto na altura do engenho do Zé Batata; Que o depoente efetuou um disparo para cima, tendo o piloto perdido o controle da moto e caído; Que dos três elementos que encontravam-se na moto um deles conseguiu fugir; Que os elementos encontravam-se em uma moto HONDA Twister de cor preta, placas HXD-6066; Que no dia seguinte a vítima compareceu a Pindoretama e reconheceu o acusado como sendo o mesmo

que o havia assaltado na Caponga; Que a vítima disse que apenas o acusado participou do assalto; Que o acusado sugestionou na hora do assalto, estar de posse de uma arma de fogo enrolada na camisa; Que foi dada voz de prisão ao acusado (...)"

Observa-se, que, segundo o depoimento de Francisco Helber Rodrigues

Costa, policial que efetuou a prisão do acusado, a vítima, perante a autoridade policial, reconheceu o infrator, bem como narrou como se dera a ação delitiva, não havendo, assim, ambiente processual para acolher a tese de negativa de autoria, até mesmo porque não foi apresentada pela defesa nenhuma prova capaz de enfraquecer o acervo probatório.

Apesar da vítima não haver sido ouvida em juízo, não há dúvida sobre a prática delitiva, em se confrontando os depoimentos testemunhais.

Assim, não restou configurada, in casu, a alegada ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, porquanto, ao contrário do alegado, a condenação não está baseada apenas em provas colhidas na fase inquisitorial, porquanto há depoimentos que foram ratificados em juízo com observância do devido processo legal.

É de sabença comum que o reconhecimento do acusado pelo sujeito passivo faz prova definitiva da autoria do assalto. Extrai-se nos repositórios da melhor jurisprudência observações sensatas e irrefutáveis como a que segue: “No campo probatório, a palavra da vítima de um assalto é sumamente valiosa, pois, incidindo sobre o proceder de desconhecidos, seu único interesse é apontar os verdadeiros culpados e narrar-lhes a atuação e não acusar inocentes”. (RT, 484 : 320).

A bem avisada nota jurisprudencial desnuda a inconformação, referendando-se, assim, por lógica ilação, o sentenciamento monocrático, ainda mais porque as alegações lançadas no apelo não encontram amparo nos autos.

Isso posto, conheço do apelo, mas nego-lhe provimento, em conformidade com o Parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto

Fortaleza 14 de abril de 2015.

PROCESSO: 0002159-19.2012.8.06.0044 – APELAÇÃO CRIME
APELANTE: DARLAN MONTEIRO DE LIMA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS PELOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS E DOCUMENTOS. CRIME DE MERA CONDUTA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DELITO QUE SE PERFAZ INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DE QUALQUER RESULTADO NATURALÍSTICO. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO APELO.

1. As provas existentes nos autos são suficientes para o julgamento de procedência do pleito condenatório deduzido na denúncia, mormente quando a autoria encontra-se suficientemente evidenciada na própria confissão do apelante, bem como de toda documentação acostada aos autos.

2. Segundo a iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o crime previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93 é de mera conduta, não havendo a exigência, para sua caracterização, da comprovação do dolo específico de fraudar

o erário ou de causar prejuízo à Administração. (STJ-6a Turma, HC 171.152/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 21.09.2010, DJe 11.10.2010).

3. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal em que se interpõe apelação, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do apelo, para negar provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 24 de março de 2015.

RELATÓRIO

Darlan Monteiro de Lima, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público da Vara Única da Comarca de Barreira/Ce, como incurso nas sanções do art. 89 da Lei Nº 8.666/93, por ter praticado ato de improbidade administrativa, deixando de realizar licitação para contratação de serviço de divulgação de material de interesse do Município, junto ao credor Editora Verdes Mares no valor de R\$ 9.000,00 (nove mil reais).

O processo transcorreu de modo regular, atendidas as formalidades processuais penais, culminando com a decisão de primeiro grau, proferida às fls. 273/279, que condenou o recorrente pelo art. 89 da Lei 8.666/93, à pena de 03 (três) anos de detenção, mais multa de 2% sobre o montante de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), pelo que foi substituída por uma pena de prestação pecuniária no valor correspondente a 03 (três) salários mínimos vigentes na data da publicação da sentença, bem como pela interdição temporária de direitos, consistente na proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública pelo prazo de três anos.

Inconformado com o *decisum*, o sentenciado interpôs o presente recurso de apelação, na qual pugna por sua absolvição, ao fundamento

de que as provas colacionadas aos autos são frágeis e insuficientes para sua condenação, uma vez que a contratação era necessária e urgente, pois o Município estava em Estado de calamidade por conta da seca, bem como de que não houve dolo específico de violar as regras da licitação e, conseqüentemente, lesar o erário público.

Contrarrrazões do Ministério Público às fls. 299/303, seguindo-se de parecer da Procuradoria Geral de Justiça, na qual manifesta-se pelo improvimento ao apelo.

É o breve relato.

Peço data para julgamento.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Trata-se de recurso de apelação crime, interposto contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Barreira/Ce, que condenou o recorrente nas sanções do art. 89 da Lei 8.666/93, à pena de 03 (três) anos de detenção, mais multa de 2% sobre o montante de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), pelo que foi substituída por uma pena de prestação pecuniária no valor correspondente a 03 (três) salários mínimos vigentes na data da publicação da sentença, bem como pela interdição temporária de direitos, consistente na proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública pelo prazo de três anos.

Narra a denúncia às fls. 02/04, que, durante o exercício financeiro de 2007, o apelante, na época gestor do Gabinete do então Prefeito do Município de Barreira, praticou ato de improbidade, deixando de realizar licitação para contratação de serviço de divulgação de material de interesse do Município, junto ao credor Editora Verdes Mares no valor de R\$ 9.000,00 (nove mil reais).

Alega, em suma, o recorrente, de que as provas colacionadas aos autos são frágeis e insuficientes para sua condenação, uma vez que a contratação era necessária e urgente, pois o Município estava em Estado de calamidade por conta da seca, bem como, de que não houve dolo específico de violar as regras da licitação e conseqüentemente, lesar o erário público.

Em que pese a negativa do apelante, a autoria e materialidade do crime do art. 89 da Lei de Licitações restaram mais que comprovados, através dos elementos colhidos durante a persecução penal, tanto pelo seu interrogatório em juízo, que admitiu a contratação do serviço sem licitação, como também, pela completa ausência de documentos que comprovem a efetivação da licitação para a contratação dos serviços do Credor Verdes Mares, senão vejamos:

“(…) Que na época dos fatos foi contratada a editora Verdes Mares; que na época estava uma seca, em situação de calamidade pública e a empresa foi contratada para fazer a divulgação; que na época foi informado que tendo em vista a situação atual do Município a empresa poderia ser contratada sem licitação; que na época foi para divulgar nos jornais (...)”.

Ademais, quanto ao fato do apelante ter alegado que o serviço fora contratado sem licitação, em virtude do Município estar vivendo em Estado de Calamidade, por conta da seca, tenho que também não merece prosperar.

Segundo o art. 24, IV, da Lei de licitações, é dispensável a licitação "nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança da pessoa, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento de situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos."

No presente caso, após a análise da prova produzida nos autos é possível verificar a ilegalidade da contratação mediante dispensa da licitação, porque está caracterizada a "emergência fabricada", uma vez que em nenhum momento ficara provado nos autos de que existiu essa situação de calamidade, e, ainda, a contratação dos Serviços de uma Editora, ao meu ver, em nada se enquadra no artigo retro citado.

E por fim, quanto ao alegado pela defesa de que não houve dolo por parte do Gestor na contratação do serviço sem licitação, bem como de que não houve dano ao erário, também não merece guarita.

A leitura do *caput* do art. 89 da Lei n.º 8.666/93 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que, para a configuração do tipo penal ali previsto, exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo, diverso do dolo, entendido como a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo penal, ou seja, não se exige uma finalidade dotada de especificidade própria. O desvalor da ação se esgota no dolo, sendo desnecessária a análise da finalidade que moveu o agente ao dispensar ou inexistir a licitação fora das hipóteses previstas em lei.

O crime se perfaz com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente consciência dessa circunstância, não se exigindo qualquer resultado naturalístico para a sua consumação.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da relatoria do Min. Felix Fischer (RESP 991.880/RS), decidiu:

“HABEAS CORPUS. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. ART. 89, DA LEI Nº 8.666/93. COMPROVAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO OU PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO. DESNECESSIDADE.

1. Segundo a iterativa jurisprudência desta Casa de Justiça, o crime previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93 é de mera conduta, não havendo a exigência, para sua caracterização, da comprovação do dolo específico de fraudar o erário ou de causar prejuízo à Administração. Precedentes. 2. (...). 3. De se acrescentar que as instâncias ordinárias aludiram ao fato de que a contratação ocorreu sem que existisse previsão legal nem situação emergencial. 4. (...). 5. Ordem denegada”.

(HC 171.152/SP, Rel. Min. OG Fernandes, 6ª Turma, julgado: 21/09/2010, DJe 11/10/2010). Grifei.

Desta forma, não aproveita ao apelante a alegação de que inexistente dolo envolvendo o seu proceder e de que não ocorreu prejuízo ao erário, mesmo porque estes são absolutamente dispensáveis à consumação do crime em evidência.

Portanto, constatado que o apelante, quando gestor, realizou a contratação da prestação de serviço do Editora Verdes Mares, sem a realização do processo licitatório obrigatório, a condenação é medida que se impõe.

EM FACE DO EXPOSTO, voto pelo conhecimento do recurso da Defesa, negando-lhe provimento.

Fortaleza, CE, 24 de março de 2015.

APELAÇÃO CRIME Nº 0002248.41.2000.8.06.5051

APELANTE: - EDVALDO DA SILVA NEVES

APELADO: M.P. CE.

RELATORA: DESA. MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. ARTS 297 E 304 DO CPB. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE RECONHECIDA DE OFÍCIO. PUNIBILIDADE EXTINTA. SUSPENSÃO DA CNH. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AFRONTA AO ART. 5º, XXXIX, DA CF. PROVIMENTO PARCIAL DOS APELOS.

1. A materialidade e a autoria dos crimes restaram sobejamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. A confissão dos corréus, a prova pericial e os testemunhos dos policiais que participaram da prisão em flagrante dos acusados mostram-se hábeis para comprovar a tese da acusação.

2. A ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal impõe sua redução para o limite inferior cominado para o delito.

3. A aplicação da pena de suspensão da CNH, não previstas nos tipos penais atinentes à espécie, afronta o princípio da reserva legal, consubstanciado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

4. Recursos a que dá parcial provimento, reconhecida de ofício a prescrição superveniente para declarar extinta a punibilidade dos recorrentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, por unanimidade, em conhecer dos recursos para lhes dar parcial provimento e reduzir a pena restritiva de liberdade dos recorrentes Marcos Antônio Bezerra Ribeiro e Francisca Maria Carneiro de 6 (seis) anos de reclusão para 2 (dois) anos de reclusão, reconhecendo, de ofício, a prescrição superveniente para declarar extinta a punibilidade, extensiva aos demais apelantes, o que atinge, por consectário, as penas de multa imposta a todos, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações Criminais interpostas por MARCOS ANTÔNIO BEZERRA RIBEIRO, FRANCISCA MARIA CARNEIRO, VALDECI ALVES DE LIMA, VALDERI RIBEIRO DA SILVA e EDNALDO DA SILVA NEVES contra a sentença de fls. 282/291, que condenou os dois primeiros recorrentes pela prática do crime capitulado no art. 297 do Código Penal e os demais pela prática do delito tipificado no art. 304 do mesmo *Codex*.

Aduzem os apelantes Valderi Ribeiro da Silva e Valdeci Alves de Lima que não há nos autos prova de que os documentos falsos tenham sido utilizados para qualquer fim, descaracterizando a prática do crime. Alegam que a pena prevista para o delito cinge-se à reclusão, não atingindo o direito de conduzir veículos automotores. Requereram a absolvição ou, alternativamente, a retirada da pena restritiva do direito de conduzir veículos.

Alegam os recorrentes Marcos Antônio Bezerra Ribeiro e Francisca Maria Carneiro que as provas dos autos não foram suficientes

para ensejar a condenação. Acrescentam que ao fixar o *quantum* da pena não foram considerados a primariedade e os bons antecedentes dos apelantes. Requereram a absolvição ou, alternativamente, a redução da pena imposta.

Argumenta o apelante Ednaldo da Silva Neves que para a caracterização do delito de uso de documento falso é indispensável a prova. Acrescenta que não houve intenção delituosa por parte do apelante. Requereu a sua absolvição.

Contrarrrazões às fls. 314/315.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 321/324 pelo conhecimento e não provimento dos recursos.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

A materialidade e a autoria dos crimes de falsificação de documento público e de uso de documento falso restou sobejamente comprovada pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. A confissão de três dos réus, a prova pericial e os depoimentos firmes e coesos dos policiais que participaram da prisão em flagrante dos apelantes mostram-se hábeis para atestar a tese da acusação.

Quanto à materialidade do crime de falsificação de documento público, o Laudo de Exame Documentoscópico de fls. 192/199 não deixa dúvidas acerca da falsificação.

Relativamente ao crime de uso de documento falso, ao serem interrogados em juízo, os réus Valdeci Alves de Lima (fls. 205/206), Valderi Ribeiro da Silva (fls. 207/208) e Ednaldo da Silva Mendes (fls. 209/210) confessaram que utilizaram documentos falsos, bem assim relataram a participação dos acusados Marcos Antônio Bezerra Ribeiro e Francisca Maria Carneiro no delito de falsificação.

Embora os recorrentes Marcos Antônio Bezerra Ribeiro e Francisca Maria Carneiro neguem a autoria do delito (fls. 201/202 e 203/204), os depoimentos dos policiais que participaram da prisão em flagrante dos acusados (fls. 06/09) comprova o contrário.

Nesse sentido, ao ser ouvido perante a autoridade judiciária, Luiz Gonzaga Santos (fls. 231/232), corroborando com as confissões dos corréus, afirmou:

“Que o conduzido Valderi confirmou que era realmente falso o documento e teria pago para o acusado Marcos, R\$ 350,00. Que o contato dele era diretamente com o Marcos que conseguia as carteiras de habilitação falsas da Francisca (2ª acusada).”

Acerca da validade jurídica do depoimento de policiais, oportuno rememorar lições recentes do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Não há ilegalidade na condenação penal baseada em depoimentos de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado, desde que submetidos ao crivo do contraditório e corroborados por outros meios de prova.”
(STJ, AgRg no REsp 1216354/SP, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (Des. Convocada do TJ/SE), DJe 14/04/2014).

“Os policiais, que participam de diligências tendentes à constatação de crime que estaria sendo praticado, não estão impedidos de depor como testemunhas.”
(STF, HC 74195, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ 13/09/1996)

As testemunhas de defesa (fls. 238/257) pouco ou quase nada acrescentaram ao acervo probatório, limitando-se a emitir opiniões sobre a conduta dos acusados e outros pormenores, nada, enfim, que pudesse minimamente contrariar a versão acusatória.

Dessa forma, verifica-se que no caso concreto não resta a menor sombra de dúvidas quanto à materialidade do crime e à autoria delitiva imputada aos recorrentes, estando o édito condenatório devidamente fundamentado e plenamente amparado pelo acervo probatório dos autos.

Relativamente ao *quantum* das penas aplicadas aos acusados Marcos Antônio Bezerra Ribeiro e Francisca Maria Carneiro, cumpre pontuar que a dosimetria não obedece a uma regra matemática rígida, mas

se trata de uma operação realizada com base em elementos concretos dos autos, levada a efeito com certa discricionariedade, ainda que vinculada ao princípio do livre convencimento motivado do julgador, de forma que cada uma das circunstâncias individualmente valoradas pode ter maior ou menor influência no cômputo da pena-base.

Contudo, constata-se que a dosimetria levada a efeito na sentença guerreada não possui fundamentação suficiente para a fixação da pena-base acima do mínimo legal cominado para o delito imputado aos recorrentes Marcos Antônio Bezerra Ribeiro e Francisca Maria Carneiro, incursos no art. 297, *caput*, do Código Penal. No caso, o juiz singular limitou-se a indicar de forma genérica as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, sem analisá-las adequadamente, com base em elementos concretos dos autos.

Assim, não havendo nenhuma circunstância judicial adequadamente valorada, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal, conforme ilustram os arestos abaixo colacionados:

“2. A dosimetria envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-la em sede de habeas corpus. Na espécie, o magistrado não arrolou elementos concretos no tocante às circunstâncias judiciais que considerou negativas, sendo, de rigor, a redução da pena-base.

(Omissis)

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal, tornando a reprimenda definitiva em 10 (dez) meses de reclusão, mais 8 (oito) dias-multa, e estabelecer o regime inicial semiaberto.”

(HC 311877/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 02/03/2015)

“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. Não constitui fundamentação adequada para o acréscimo das penas-base, no tocante ao crime de roubo circunstanciado, considerar a circunstância judicial relativa à culpabilidade dos pacientes como desfavorável, notadamente porque, na espécie, não arrolam

as instâncias de origem particularidade fática capaz de dar supedâneo às suas considerações, eis que o *modus operandi* destacado é normal à espécie. De rigor, portanto, a redução das penas-base ao mínimo legal.”

(HC 310860/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 25/02/2015)

“A fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal exige fundamentação baseada em elementos concretos dos autos, sendo indevida a utilização de argumentos vagos ou genéricos, sem relação direta com a hipótese em apreço.”

(AgRg no HC 212174/PE, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 22/08/2013)

“Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como ocorrido, na hipótese, com relação às circunstâncias do delito. Precedentes.”

(HC 229260/GO, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/08/2013)

In casu, a ausência de fundamentação idônea a ensejar a fixação da pena-base dos recorrentes Marcos Antônio Bezerra Ribeiro e Francisca Maria Carneiro em 6 (seis) anos de reclusão impõe sua redução para o mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão determinado no art. 297, *caput*, do Código Penal.

Considerando o *quantum* da pena acima redimensionada, verifico que desde a publicação da sentença objurgada (06/03/2006 – fls. 291) até a presente data transcorreu o prazo prescricional, que no caso concreto incide em 4 (quatro) anos, conforme determina o art. 109, V do CPB, ensejando a prescrição na sua modalidade superveniente, nos moldes do art. 107, IV, do Código Penal Brasileiro.

Em consequência, na forma do art. 61, *caput*, do Código de Processo Penal, declaro, *ex officio*, extinta a punibilidade estatal em relação aos recorrentes Marcos Antônio Bezerra Ribeiro e Francisca Maria Carneiro e, por extensão, em relação aos apelantes Valdeci Alves de Lima, Valderi Ribeiro da Silva e Ednaldo da Silva Neves, haja vista que foram condenados igualmente a 2 (dois) anos de reclusão.

Cumpre pontuar, com relação às penas de multa, que as mesmas também não escapam ao alcance da prescrição, nos termos do art. 114 do CPB, *litteris*:

Art. 114 - A prescrição da pena de multa ocorrerá:
(Omissis)

II - no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

Relativamente à pena de suspensão da CNH, razão assiste aos apelantes, posto que inexistente previsão legal para sua imposição. A reprimenda legalmente imposta por infração ao art. 297 e ao art. 304, ambos do Código Penal, é a privativa de liberdade, cumulada com multa, não havendo nos respectivos tipos penais cominação de nenhuma sanção administrativa concernente à proibição de obter permissão para dirigir veículo automotor ou suspensão da Carteira Nacional de Habilitação.

Dessa forma, verifica-se na sentença vergastada afronta o princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*), consubstanciado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, que dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Deve, portanto, ser expurgada a condenação dos réus neste particular.

Ex positis, conheço dos apelos para lhes dar parcial provimento, com base nos dispositivos legais e na jurisprudência supra aludidos, reduzindo a pena dos apelantes Marcos Antônio Bezerra Ribeiro e Francisca Maria Carneiro de 6 (seis) anos de reclusão para 2 (dois) anos de reclusão, reconhecendo, de ofício, a prescrição superveniente para em consequência declarar extinta a punibilidade, extensiva aos demais apelantes, o que atinge, por consectário, as penas de multa imposta a todos, assim como expurgada a proibição de obter permissão para dirigir veículo automotor ou suspensão da Carteira Nacional de Habilitação.

É como voto.

Fortaleza, 31 de março de 2015.

APELAÇÃO CRIME Nº 0029436-53.2010.8.06.0117

APELANTE : CONFEL - COMERCIO DE METAIS FORTALEZA LTDA.

APELADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A.

RELATORA: DESA. MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. INCIDENTE DE RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA. PROCESSO DE RECEPÇÃO TRAMITANDO NA ORIGEM. NÃO COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE. BENS APREENDIDOS QUE AINDA INTERESSAM AO PROCESSO. REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 118 E 120, AMBOS DO CPP. EXORA VISTORIA DO MATERIAL APREENDIDO. NEGADO PROVIMENTO. BENS SOB GUARDA DE DEPOSITÁRIOS FIÉIS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Apelação criminal interposta contra decisão que indeferiu pedido de restituição de coisa apreendida.

2. Não há nos autos documentos que comprovem a propriedade, de forma inequívoca, dos bens apreendidos, sendo incabível a restituição.

3. Se a *res* apreendida ainda interessa ao processo, havendo inclusive suspeitas de que o recorrente praticou o crime de receptação, não há que se falar em direito líquido e certo à sua devolução.

4. No caso em tela, os requisitos para restituição dos bens apreendidos previstos nos artigos 118 e 120 do Código de Processo Penal não se encontram preenchidos.

5. Não foi confirmado no presente recurso que os representantes das empresas vítimas, ora depositários fiéis, tenham agido com desídia quanto a guarda e conservação dos bens

apreendidos, cujo ônus da prova caberia ao apelante. Nego provimento ao pedido de vistoria.
6. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal manejada pela defesa contra sentença indeferitória do pedido de restituição de coisa apreendida acostada às fls. 24, da lavra do ilustre Juiz de Direito da 4ª Vara da Comarca de Maracanaú, em razão dos bens cooptados aos Processo original nº 3088-03.2013.8.06.0117 (Crime de Receptação), consubstanciar em objeto material do crime e de interesse à resolução do feito.

O apelante (fls.49/52) pugna pela reforma da decisão com o escopo de restituir o material apreendido ao recorrente; ou subsidiariamente, que o bens sejam vistoriados na presença no patrono constituído, visando perscrutar suas condições físicas.

Em sede de Contrarrazões (fls.56/57), o representante do *Parquet* com *munus* naquele cenáculo jurisdicional, a seu turno, vergastou os argumentos invocados, manifestando-se pelo desprovimento do pleito recursal.

O Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls.59/65) pugna pelo desprovimento do apelo.

É o que havia de mais relevante para relatar.

À Douta Revisão.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

O inconformismo da defesa cinge-se ao indeferimento, pelo magistrado *a quo*, do pedido de restituição dos seguintes bens: 2.674Kg de cobre; 417Kg de alumínio e 64Kg de conectores pertencentes a COELCE; bem como, 2.623Kg de cobre pertencentes à TELEMAR (atual Empresa OI), conforme discorrido no Auto de Apreensão e Apresentação acostado ao Processo nº 3088-03.2003.8.06.0117(Crime de Receptação), tramitando na 4ª Vara de Maracanaú, conforme os fólios 12, 15 e 81 destes autos.

Sustenta o apelante que todos os materiais acima discriminados lhe pertencem, tendo em vista que foram devidamente adquiridos e pagos às vítimas COELCE e TELEMAR. Estas, por seu turno, reprocham à alegativa do réu, justificando que os mesmos teriam sido subtraídos de seus patrimônios.

Analisando as provas coligidas ao presente caderno processual, insta salientar que as Notas Fiscais e o Recibo 002/07, acostados aos fólios 04 *usque* 12 não correspondem às coisas subtraídas e apreendidas, conforme conjunto probante carreados aos autos de Receptação e ratificado pelo parecer do representante da PGJ:

“...há dúvida quanto à propriedade de tais materiais.”

E, ainda, complementou:

“Vale ressaltar que em sede de Pedido de Restituição de Coisa Apreendida, não cabe a discussão de mérito da questão central, que tem que ser sanada por uma instrução processual, o que não há possibilidade no pedido formulado pela parte apelante.” (fls. 62)

O artigo 120 do Código de Processo Penal preconiza:

“A restituição, quando cabível, poderá ser ordenada pela autoridade policial ou juiz, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante.”

Impende mencionar, também, que há interesse do material apreendido para resolução da causa do processo judicial mencionado em epígrafe, justificando a impossibilidade de restituição da *res* fruto da

contenda, em sintonia com jurisprudências remansosas do STJ e artigo 118 do Código de Processo Penal.

Neste sentido, confira precedentes acerca do tema:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 529.557 - MT (2014/0142410-9) RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL AGRAVADO : MARCELO JOSÉ HARDMAN MEDINA ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 125, 126, 129, 130, 131 E 132, TODOS DO CPP, 60 E 63, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06, 91, II, DO CP. RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚM. 7/STJ. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...) Segundo o Código de Processo Penal, art. 120, a restituição de bens apreendidos poderá ser ordenada pela autoridade policial ou pelo Juiz 'mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante'. Por outro lado, há que se atender ao disposto no art. 118 do CPP, que determina: Art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo. Ensina o renomado jurista Júlio Fabrinni Mirabete, in Código de Processo Penal Interpretado, 9ª ed., Ed. Atlas S.A, 2002, pág. 405, acerca da apreensão e restituição de bens, verbis: (...) com a apreensão se procura, inclusive, permitir ao juiz que conheça todos os elementos materiais para a elucidação do crime, razão por que devem acompanhar os autos do inquérito (art. 11) e, enquanto interessarem ao processo, permanecer em juízo. Ao juiz cabe dizer se elas interessam ou não ao processo. Após o trânsito em julgado da sentença devem ser devolvidas ao interessado, se não forem objeto de confisco, por não serem mais úteis ao processo. (...) Com efeito, a finalidade da apreensão deve ser bem definida, ou seja, o objeto deve ser relevante ou imprescindível para a elucidação, prova ou mesmo defesa do réu. Assim, a apreensão de objetos e instrumentos durante o Inquérito Policial que tenham relação com o fato, em tese, criminoso, tem por objetivo permitir ao juiz conhecer os elementos materiais para o esclarecimento do ilícito investigado.(...)

Ante o exposto, com fundamento no artigo 254, inciso I, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, NEGO PROVIMENTO ao agravo em recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 19 de novembro de 2014. Ministra MARIA TEREZA DE ASSIS MOURA Ministra

“ Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.” (artigo 118, do CPP)

Assim, não há falar em restituição dos objetos apreendidos.

Quanto a vistoria a ser realizada no material apreendido, na presença do causídico constituído, com o escopo de averiguar as condições do mesmo, compete negar-lhe tal desiderato.

As empresas vítimas constituíram como depositários fiéis os representantes Rafael Chaves da Cunha (COELCE) e José Barbosa Vieira (TELEMAR), os quais assumiram o compromisso de zelar pela conservação da *res* em sua posse que deverá ser entregue ao proprietário nas mesmas condições em que foi recebido *ex vi legis* art. 150 do CPC.

Não foi confirmado no presente recurso que os representantes das empresas vítimas, ora depositários fiéis, tenham agido com desídia quanto a guarda e conservação dos bens apreendidos, cujo ônus da prova caberia ao apelante. Nego provimento ao pedido de vistoria.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, para manter na íntegra a sentença vergastada.

É como voto.

Retificar autuação relativo ao campo ASSUNTO(S), onde se lê “Receptação”, altere para “Incidente de Restituição de Coisa Apreendida”, face a natureza do Processo nº 3088-03.2003.8.06.0117 (Receptação), tramitando na Comarca de origem.

Fortaleza, 13 de janeiro de 2015.

PROCESSO: 0041047-55.2013.8.06.0001 – APELAÇÃO CRIME

APELANTE : EMENEGILSON ALVES DE SOUSA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. ROUBO QUALIFICADO. PEDIDO DE ACOLHIMENTO DA TESE DE ROUBO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DA VÍTIMA E DAS TESTEMUNHAS DE QUE O APELANTE SE UTILIZOU DE UM GARGALO DE GARRAFA PARA A EXECUÇÃO DO DELITO. INSTRUMENTO CAPAZ DE OFENDER A INTEGRIDADE FÍSICA. CONFIGURAÇÃO DE GRAVE AMEAÇA. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. PRESCINDIBILIDADE. PEDIDO DE ACOLHIMENTO DA TESE DE TENTATIVA DE ROUBO. IMPOSSIBILIDADE. POSSE MANSA E PACÍFICA DO BEM SUBTRAÍDO AINDA QUE POR ALGUNS MINUTOS. CRIME CONSUMADO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O caco de vidro (gargalo da garrafa), pela sua própria natureza, é, sem dúvida, um instrumento capaz não só de intimidar a vítima, reduzindo a sua capacidade de resistência, como de ofender-lhe a integridade física. Assim, se o agente cometeu o delito com o emprego de um gargalo de garrafa, objeto cortante, mister a manutenção da majorante do crime de roubo descrita no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal Brasileiro.

2. É entendimento pacífico do STJ de que a incidência da majorante prevista no art. 157,

2º, I, do Código Penal prescinde de apreensão e perícia da arma, quando não comprovado por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas, a efetiva utilização do artefato para a intimidação do ofendido. 3. “O roubo está consumado no instante em que o agente se torna, mesmo que por pouco tempo, possuidor da res subtraída mediante grave ameaça ou violência. A rápida recuperação da coisa e a prisão do autor do delito não caracterizam a tentativa.” (STJ RT 741/594). Recurso conhecido e improvido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal em que se interpõe apelação, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do apelo, para negar provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 14 de abril de 2015.

RELATÓRIO

Emenegilson Alves de Sousa, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público da 2ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/Ce, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso I, c/c art. 70, ambos do Código Penal Brasileiro.

O processo transcorreu de modo regular, atendidas as formalidades processuais penais, culminando com a decisão de primeiro grau, proferida às fls. 146/158, que condenou o recorrente no artigo supra citado, a pena de 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprido inicialmente em regime semiaberto.

Inconformado com o decisum, o sentenciado interpôs o presente recurso de apelação, no qual pugna pela desclassificação do crime de roubo qualificado para o crime de roubo simples, ou caso assim não entenda, requer o reconhecimento da tese de tentativa, uma vez que o objeto subtraído fora prontamente recuperado pela vítima.

Contrarrrazões do Ministério Público às fls. 187/197, seguindo-se de parecer da Procuradoria Geral de Justiça, na qual manifesta-se pelo improvimento ao apelo.

É o breve relato.

À Revisora.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Trata-se de recurso de apelação crime, interposto contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/Ce, que condenou o recorrente nas sanções dos arts. 157, § 2º, inciso I, c/c art. 70, ambos do Código Penal Brasileiro, a pena de 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprido inicialmente em regime semiaberto.

Narra a denúncia que, no dia 26 de março de 2013, por volta de 17:40 horas, na Avenida Cônego de Castro, nas proximidades do Supermercado Center Box, no bairro Vila Pery, nesta capital, o apelante, utilizando-se de um instrumento perfuro cortante (gargalo de garrafa), agindo com violência e grave ameaça, subtraiu da vítima Thiago Bezerra Monteiro, trocador do ônibus, e demais passageiros, o valor de R\$ 30,25 (trinta reais e vinte e cinco centavos), bem como um aparelho celular de marca NOKIA.

Em suas razões recursais, requer a Defesa a reforma do decisum do Magistrado Singular, no sentido de desclassificar o crime de roubo qualificado para o crime de roubo simples, uma vez que não restou comprovado nos autos a potencialidade lesiva do gargalo de garrafa, através de perícia técnica, bem como, requer o reconhecimento da tese de tentativa, uma vez que o objeto subtraído fora prontamente recuperado pela vítima.

No entanto, entendo que não há possibilidade de sucesso no pleito recursal, eis que o crime pelo qual foi condenado o apelante encontra no acervo probatório farta e segura demonstração da materialidade e autoria delitiva, que decorrem seguras dos depoimentos da vítima e das testemunhas, bem como pelos demais elementos colhidos no bojo dos autos.

Ao analisarmos os autos, verifica-se que não restam dúvidas que a ameaça foi exercida com emprego de arma branca, consistente em um gargalo de garrafa, artefato este que não precisa sequer ser apreendido ou periciado para fins de comprovar a sua potencialidade lesiva.

Entendo que só a utilização da arma branca já seria condição suficiente para incutir o temor exigido pela norma penal, de modo a impossibilitar, se não inviabilizar, a resistência da vítima.

Assim, o cometimento do crime com arma branca em punho, como no caso dos autos, impõe o reconhecimento da majorante, uma vez que, um gargalo de garrafa, objeto cortante, pela sua própria natureza, é, sem dúvida, um instrumento capaz não só de intimidar a vítima, reduzindo a sua capacidade de resistência, como de ofender-lhe a integridade física.

Nesse sentido, cito jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL. EMPREGO DE ARMA BRANCA (FACA). CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento que o emprego de arma branca (faca) no crime de roubo

constitui causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal. 2. Ordem denegada.

(STJ , Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Data de Julgamento: 06/12/2011, T5 – QUINTA TURMA, undefined).

Quanto ao pedido da defesa de acolhimento da tese de tentativa de roubo, entendo que também não merece prosperar, eis que, em se tratando de roubo, a consumação do crime se dá quando se retira da vítima o patrimônio que a ela pertence.

Eis a redação da norma:

“Art.157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena reclusão, de 4(quatro) a 10(dez) anos e multa.

§ 2º A pena aumenta-se de um terço até metade:

I se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;
II se há o concurso de duas ou mais pessoas;”

Sabe-se que a posse tranquila da res é irrelevante para consumação do delito, para tanto, é suficiente a inversão da posse, depois de cessada a violência ou a grave ameaça, o que de fato aconteceu, sendo o acusado preso minutos após a ocorrência do delito em posse do bem subtraído.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já se manifestou reiteradamente sobre a matéria, valendo aqui transcrever um de seus pronunciamentos:

“Não há falar em desclassificação de roubo consumado para tentado se, após uso de violência, o agente teve breve posse da coisa, até o flagrante”. Precedentes do STF (RT 674/359)

Da mesma forma entende o Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

“Tem-se como consumado o roubo, pois o agente usou de violência após ter subtraído o dinheiro da vítima. Pouca relevância tem o fato de que o réu teve a disponibilidade da coisa por pouco espaço de tempo, dada a intervenção da Polícia, atendendo solicitação do ofendido”. (RSTJ 29/493)

Assim, inviável a aplicação do art. 14, II do CP (tentativa).

Portanto, não merece respaldo a afirmação da Defesa de que não há provas suficientes para a condenação, pois o conjunto probatório, colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, mostrasse seguro, robusto e coeso quanto à comprovação da materialidade e da autoria, não havendo que se falar em desclassificação do delito.

EM FACE DO EXPOSTO, voto pelo conhecimento do recurso da Defesa, negando-lhe provimento.

Fortaleza, 14 de abril de 2015.

PROCESSO: 0477919-09.2010.8.06.0001 – APELAÇÃO CRIME
APELANTE: FRANCISCO RICARDO LIMA LOPES
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA DE 13 (TREZE) ANOS DE IDADE. CRIME COMETIDO PELO PADRASTO. DEPOIMENTO DA VÍTIMA E DEMAIS TESTEMUNHAS FIRMES E COERENTES. PRETENSÃO À ABSOLVIÇÃO POR NEGATIVA DE AUTORIA E INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS. IRRELEVÂNCIA. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Se as provas orais colhidas durante a instrução criminal — e reiteradas em juízo — são seguras e harmônicas quanto a autoria delitiva, e demonstram, de modo cabal, que o acusado efetivamente praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal com a menor, a condenação deve ser mantida.

2. A palavra da vítima sempre recebeu especial destaque na apuração dos crimes contra a liberdade sexual, inobstante a cautela que deve ser adotada quando se trata de pessoa de pouca idade. Elas são facilmente sugestionáveis e muitas vezes fantasiam a realidade, notadamente nas questões da sexualidade. Na hipótese dos autos, o depoimento da menor, tanto na fase policial como na judicial é bastante verossímil eis que se harmoniza com outros relevantes elementos de convicção.

3. A fragilidade da prova material não afasta a existência do crime, uma vez que alguns atos libidinosos não deixam vestígios.
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.

Fortaleza, 03 de fevereiro de 2015.

RELATÓRIO

Ao relatório da sentença de fls. 111/116, acrescento que o réu FRANCISCO RICARDO LIMA LOPES, restou condenado pelo Juízo de 1º grau, por infração ao art. 217-A c/c art. 226, II, ambos do Código Penal, à pena de 12 (doze) anos de reclusão.

De sua inconformação com o referido *decisum*, é que resultou o recurso de que ora me ocupo, acompanhado de suas razões às fls. 124/134.

Contrarrazões do Ministério Público de 1º grau às fls. 136/139.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do apelo (fls. 155/160).

É o relatório do essencial. À douta revisão.

VOTO

De logo registro que o recurso interposto foi tempestivo e é cabível na espécie, daí por que está a merecer o pretendido conhecimento.

FRANCISCO RICARDO LIMA LOPES restou condenado pelo Juízo de 1º grau, por infração ao art. 217-A c/c art. 226, II, ambos do Código Penal, à pena de 12 (doze) anos de reclusão.

Irresignado, apela o réu contra o *decisum*, porque no seu entender as provas seriam insuficientes para o decreto condenatório. Alega, em síntese, que as declarações da vítima e a prova técnica são insuficientes, bem como, que nenhuma das testemunhas presenciou os fatos.

A meu ver, os fatos narrados na denúncia foram devidamente comprovados no decorrer da instrução processual.

Com efeito, apurou-se que no dia 25 de julho de 2010, a vítima, que é enteada do acusado, acordou com o mesmo alisando suas pernas, colo e passando a mão próximo a sua genitália, após o que relatou os fatos para sua mãe, a qual lhe mandou ir embora.

A dinâmica dos fatos está perfeitamente descrita no depoimento da vítima tanto na fase policial como na judicial (fls. 13/14 e 72/73), nas declarações do pai da menor, além do que foi colhido por outras testemunhas. Estes depoimentos, a meu ver, são coerentes e harmônicos entre si.

Ressalte-se que a palavra da vítima sempre recebeu especial destaque na apuração dos crimes contra a liberdade sexual, inobstante a cautela que deve ser adotada quando se trata de pessoa de pouca idade. Elas são facilmente sugestionáveis e muitas vezes fantasiam a realidade, notadamente nas questões da sexualidade. Na hipótese dos autos, o depoimento da menor, tanto na fase policial como na judicial é bastante verossímil eis que se harmoniza com outros relevantes elementos de convicção.

Ainda que o denunciado tenha negado a prática delituosa, o fato é que ele não apresentou qualquer justificativa plausível para refutar as imputações contra si, pois se limitou a dizer que não fez nada com a enteada.

Portanto, não procede a alegação do apelante de que o depoimento da criança é frágil; ao contrário, aponta em seu desfavor pois evidencia que o delito se consumou da maneira descrita na denúncia.

No que diz respeito a prova técnica, é certo que a “(...) ausência de vestígios materiais não é conclusiva a respeito da inexistência do crime, uma vez que atos libidinosos podem não deixar vestígios duradouros. (...)” (TJDFT, 1ª T., APR 20050110493679, Rel.Des. EDSON ALFREDO SMANIOTTO, julgado em 27/11/2008, DJ 10/02/2009 p. 176).

No mesmo sentido, trago à colação o seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - VESTÍGIOS - DESNECESSIDADE - PALAVRA DA VÍTIMA - VALOR PROBATÓRIO - CONTINUIDADE DELITIVA.

I. O crime de atentado violento ao pudor não deixa necessariamente vestígios. Prescindível o exame de corpo de delito.

II. Não há como deixar de emprestar credibilidade à palavra da vítima e de sua genitora, quando apresentam discurso coerente e repetido sobre os fatos em todas as vezes em que ouvidas.

III. (...).

IV. Apelo improvido.

(20060910013149APR, Relator SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 17/09/2009, DJ 14/10/2009 p. 301)

ISTO POSTO,

Em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, voto pelo conhecimento do recurso, porém, para negar-lhe provimento.

Fortaleza, 03 de fevereiro de 2015.

PROCESSO:0000056-67.2000.8.06.0203– APELAÇÃO

APELANTE: NATAN GOMES DA SILVA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - SENTENÇA DE PRONÚNCIA - CABIMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - ARTIGO 581, IV, DO CPP - INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO - RECURSO INADEQUADO - MÁ-FÉ PROCESSUAL - ILEGITIMIDADE RECURSAL - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 579 DO CPP - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

1 - Nos termos do art. 581, inciso IV, do Código de Processo Penal, caberá recurso em sentido estrito contra decisão que pronunciar o réu. Assim, se a Defesa interpõe recurso de apelação ao invés do recurso em sentido estrito incorre em erro técnico inescusável, sobretudo, quando evidenciada a má-fé pelo defensor do apelante que ao ser intimado para adequar o recurso interposto ratifica todos os termos da apelação.

2 - Em tal hipótese, não há que se falar em aplicação do princípio da fungibilidade recursal, considerando a taxatividade expressa de cabimento do recurso em sentido estrito, aliada a má-fé processual do recorrente, configurando-se violação legal a utilização de recurso diverso.

3 - Ilegitimidade recursal verificada. Recurso não conhecido.

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 não conhecer do recurso, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, CE, 24 de março de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por NATAN GOMES DA SILVA, já que irresignado com a r. sentença de fls. 95/100, que o pronunciou como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, II, do Código Penal Pátrio, na sua forma tentada (art. 14, II, CPB), determinando seja ele submetido a julgamento perante o Eg. Tribunal do Júri da Comarca de Ocara.

O recorrente, em suas razões recursais de fls. 109/113, pleiteou a reforma da sentença primeva, para o fim de que fosse desclassificado o crime de tentativa de homicídio e configurado o delito de ameaça (art. 147 do CPB), em razão da inexistência da intenção de ceifar a vida da vítima.

Contrarrazões ministeriais oferecidas às fls. 123/126, arguindo preliminar de inadequação recursal, uma vez que o recorrente interpusera apelação, quando o recurso cabível seria o previsto no art. 581, do CPP - recurso em sentido estrito. Não sendo acolhida a preliminar suscitada, no mérito, pretendeu o improvimento do apelo ante a falta de amparo legal, e consequente manutenção da decisão de pronúncia.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça assim o fez às fls. 138/143, opinando pelo não conhecimento do recurso ante a configuração de erro grosseiro na interposição de apelação, inviabilizando a aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal.

É o breve relato, com a remessa dos autos à D. Revisora para os devidos fins.

VOTO

Narra a denúncia que:

“ No dia 1º de março de 2009, na localidade de Açudinho na residência do Sr. Raimundo Nonato Rafael Figueredo, onde a vítima - Francisco Roniel da Silva se encontrava trabalhando, o denunciado compareceu e tendo chamado aquela para lhe prestar serviços mas não foi atendido.

Com a negativa da vítima o denunciado começou a agredir-lhe fisicamente só parando com a intervenção da testemunha Raimundo Nonato Rafael Figueredo, de imediato o denunciado começou a ameaçar a vida da vítima e retirou-se.

Pouco tempo depois da primeira agressão o denunciado voltou com um revólver marca Taurus oxidado, cano curto, nº 1391433 e apontado para a vítima efetuou um disparo com a intenção de matar a vítima que ao tentar fugir caiu ao chão.

O denunciado após disparar contra a vítima saiu de moto em alta velocidade.

O denunciado em seu interrogatório confessou ter efetuado o disparo de arma de fogo, fls. 09.”

Ao final, o réu foi denunciado como incurso nas penas dos artigos 147 e 121, § 2º, inciso II c/c 14, do Código Penal Brasileiro.

Em audiência una de instrução, foram tomados os depoimentos das testemunhas arroladas pelas partes e interrogado o réu, oportunidade em que a vítima e o apelante firmaram composição civil a respeito do delito previsto no artigo 147, do CPB, o que foi devidamente homologado pelo juízo, termo de audiência à fl. 66.

O d. Magistrado sumariante pronunciou o apelante como incurso nas sanções do artigo 121, qualificado pelo § 2º, inciso II, do CPB, na sua forma tentada (ar. 14, II, CPB), decisão em fls. 95/100.

Pugna o recorrente, em suas razões recursais, em síntese, pela desclassificação do crime de homicídio, e consequente tipificação do delito de ameaça, descrito no art. 147 do Código Penal Brasileiro - crime de menor potencial ofensivo - requerendo, por isso, a remessa dos autos ao Juizado Especial competente.

DA PRELIMINAR MINISTERIAL:

INADEQUAÇÃO DA VIA RECURSAL ELEITA

Em análise da preliminar trazida pelo Parquet, tenho por acolher questão prejudicial para o conhecimento do presente apelo, uma vez que impossível, in casu, a aplicação da fungibilidade recursal.

Isto porque, para impugnar a decisão que pronunciou o réu pela imputação de prática de crime doloso contra a vida, a teor do artigo 581, IV, do Código de Processo Penal, deveria ter sido manejado recurso em sentido estrito e não apelação criminal.

Destarte, trata-se de erro grosseiro, a teor de expressa previsão legal, que traz rol taxativo acerca das decisões que desafiam recurso em sentido estrito, não cabendo aqui interpretação diversa.

Atentando para o vício formal existente, e para que fosse evitado prejuízo processual, a magistrada de primeira instância determinou que se intimasse o recorrente para fins de adequamento recursal, em despacho de fl. 114.

Em petição de fl. 119, o apelante, através de sua defesa técnica, ratificou o recurso manejado em todos os seus termos, demonstrando evidente má-fé processual.

O princípio da fungibilidade recursal consagrado no artigo 579 do Código de Processo Penal atua ao lado dos princípios da economia e celeridade processuais, evitando que o excesso de formalismo cause prejuízo a parte recorrente.

Nas palavras de Mirabete:

“Como o recurso é o remédio que atende a necessidade de efetivação da justiça e da exata aplicação do direito e o fundamento do chamado princípio do duplo grau de jurisdição, a parte não deve ficar prejudicada **se equivocada no meio pelo qual deve ser efetuado o reexame da decisão**. Há situações em que existem dúvidas na doutrina e na jurisprudência quanto ao recurso adequado a certas situações.”

Entretanto, o preceito recursal em exame não deve ser utilizado na hipótese de má-fé do recorrente, vez que evidenciada, em razão da renitência da defesa, diante da singularidade da situação. Não houve equívoco quando da interposição de apelação contra a sentença de pronúncia pelo defensor do apelante, mas sim erro crasso, confirmado em todos os seus termos pelo advogado em resposta a intimação da magistrada *a quo*.

O princípio da fungibilidade recursal só tem aplicação quando ficar evidente a inexistência de má-fé, a ocorrência de tempestividade recursal e equívoco da parte ao impetrar um recurso por outro diante de dúvida objetiva na doutrina e jurisprudência acerca da via recursal eleita.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem por isso, tem negado aplicabilidade ao postulado da fungibilidade recursal, sempre que a errônea interposição de um recurso por outro – tal como ocorre no caso – revelar desconhecimento inescusável, por parte do recorrente, quanto à existência de norma legal expressa, indicativa da espécie recursal cabível e adequada, além de representar incidência de má-fé processual:

RECURSO - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. O princípio da fungibilidade consta implicitamente do Código de Processo Civil - artigo 250 - e expressamente do Código de Processo Penal - artigo 579. **Descabe empolgá-lo quando o caso é de erro grosseiro, e isso ocorre em se tratando de decisão do Tribunal Superior Eleitoral prolatada em agravo interposto contra pronunciamento do relator que implicou negativa de seqüência a recurso especial.**

Na hipótese, em vez de ser protocolado o extraordinário, foi apresentado o recurso ordinário previsto no artigo 102, inciso II, da Constituição Federal e na parte final do artigo 281 do Código Eleitoral em relação às decisões denegatórias de ordem em habeas corpus ou mandado de segurança. **PRESCRIÇÃO - PRETENSÃO PUNITIVA - EXAME.** O exame da prescrição da pretensão punitiva há de se fazer a partir de elementos próprios revelados no processo a que responde o acusado, e não em autos formados, objetivando o processamento de extraordinário.

(AI 504598 AgR / SP - SÃO PAULO, AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO , Julgamento: 23/11/2004, Órgão Julgador: Primeira Turma).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE IMPRONÚNCIA PROLATADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.689/2008. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO RECEBIDO COMO APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREVISÃO EXPRESSA QUANTO AO RECURSO CABÍVEL. ART. 416 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A PRONÚNCIA. PREJUDICIALIDADE DA ALEGAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE PREJUDICADA E, NO RESTANTE, CONCEDIDA.

1. "A fungibilidade recursal, a teor do art. 579 do CPP, é possível desde que observado o prazo do recurso que se pretenda reconhecer e a inexistência de erro grosseiro e de má-fé" (REsp 109.8670/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 13/10/2009).

2. Nos termos do art. 416 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 11.689/2008, "[c]ontra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação."

3. A indicação expressa, no Estatuto Processual Penal quanto ao recurso cabível na espécie, afasta a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, diante da constatação do erro grosseiro.

4. Prejudicada a tese relativa à insuficiência de provas para a pronúncia do Paciente.

Ordem parcialmente prejudicada e, no restante, concedida para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a sentença de impronúncia.

(HC 172515 / MG HABEAS CORPUS 2010/0087088-9, Relator(a): Ministra LAURITA VAZ (1120), Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Julgamento 20/03/2012, DJe 29/03/2012).

Processual civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Interposição de recurso de apelação em face de decisão que determina a exclusão de alguns dos indicados no pólo passivo. Inadmissibilidade. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Impossibilidade.

- De acordo com a jurisprudência do STJ, o recurso de apelação não é cabível em face de decisão que, antes da prolação da sentença, reconhece a ilegitimidade de alguma das partes.

- **Conforme já sedimentado na jurisprudência desta Corte, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal demanda, além da não configuração da má-fé da parte, a existência de dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência, a ausência de erro grosseiro na interposição, e a observância do prazo do recurso adequado.**

- Diante da ausência de dúvida objetiva e do reconhecimento de erro grosseiro na espécie, mostra-se inviável a incidência do princípio da fungibilidade recursal na hipótese dos autos. Recurso especial provido.

(Resp 1026021 / SP RECURSO ESPECIAL 2008/0017389-7, Relator (a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118), Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Julgamento 17/04/2008, DJe 30/04/2008).

Assim, acolhendo a preliminar de inadequação recursal trazida pelo i. RMP de cúpula, não conheço do recurso pela sua inadequação.

Fortaleza, CE, 24 de março de 2015.

PROCESSO: 0056419-44.2013.8.06.0001– APELAÇÃO CRIME
APELANTE: CARLOS EDUARDO RIBEIRO DA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA, RECEPÇÃO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO EM CONCURSO MATERIAL. ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO. NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. POSSIBILIDADE. PARECER MINISTERIAL DE CÚPULA PELO PARCIAL PROVIMENTO DO APELO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1 – A versão dos fatos apresentada pelo réu em seu interrogatório judicial se deu de forma parcial e, portanto, dissociada do restante do acervo probatório. Ademais, da análise acurada da sentença de primeiro grau, percebe-se que a confissão não foi sequer utilizada como fundamento a alicerçar a condenação, o que impossibilita seja diminuída a pena em razão da atenuante genérica prevista no art. 65, III, "d", do CPB.

2 – "A conduta de portar arma ilegalmente é absorvida pelo crime de roubo, quando, ao longo da instrução criminal, restar evidenciado o nexo de dependência ou de subordinação entre as duas condutas e que os delitos foram praticados em um mesmo contexto fático, incidindo, assim, o princípio da consunção" (HC 178.561/DF,

Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 13/06/2012).

3 – Na espécie, a arma foi apreendida no mesmo contexto fático, ou seja, quando o réu tentava fugir com o produto do crime do roubo, no qual empregou o revólver. A situação seria diferente se o instrumento fosse encontrado com o paciente tempos depois, fora da situação de flagrância, ou, ainda, se da prova produzida restasse a certeza de que a aquisição da arma teria se dado em momento anterior à prática delitiva, demonstrando inexistir qualquer vínculo entre as duas condutas típicas, o que de fato não se pode abstrair do caderno processual.

4 – Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal em que se interpõe apelação, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por maioria, conhecer do apelo, para dar-lhe parcial provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 24 de março de 2015.

RELATÓRIO

Apelação interposta por CARLOS EDUARDO RIBEIRO DA SILVA, contra sentença que o condenou, à pena de 9 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 50 dias-multa, à base, cada um, de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, pela prática dos crimes descritos no art. 157, § 2º, inciso I; art. 180, caput, do Código Penal Brasileiro e art. 14 da Lei nº 10.826/03.

Pugna o apelante, em síntese, pelo reconhecimento da atenuante genérica da confissão e pela aplicação do princípio da consunção, a fim de que seja o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, bem como o crime de receptação, absorvidos pelo delito de roubo, por serem meios "necessários para a consumação do delito mais grave que é o roubo majorado pelo uso de arma, pois o instrumento pérfuro-contudente é núcleo essencial para a configuração do delito" (fl. 217).

O Ministério Público ofertou contrarrazões às fls. 235/244, onde impugna as alegações dos apelantes e pede para que seja mantida a sentença recorrida.

Em parecer de fls. 254/260 a Procuradoria Geral de Justiça opina pelo parcial provimento do recurso, no sentido de que os delitos de receptação – art. 180, caput, do CPB, e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido – art. 14, da Lei nº 10.826/03, sejam absorvidos pelo delito de roubo circunstanciado pelo uso de arma.

É o breve relato, com a remessa dos autos ao D.D. Revisora para os devidos fins.

VOTO

Feito o devido exame dos autos, há de se dizer, de logo, que o recurso foi interposto tempestivamente, sendo cabível na espécie, daí merecer o pretendido conhecimento.

No presente recurso de apelação, pugna a defesa, em síntese, pelo reconhecimento da atenuante genérica da confissão e pela aplicação do princípio da consunção, a fim de que seja o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, bem como o delito de receptação, absorvidos pelo crime previsto no art. 157, § 2º, inciso I do CPB, por serem meios "necessários para a consumação do delito mais grave que é o roubo majorado pelo uso de arma, pois o instrumento pérfuro-contudente é núcleo essencial para a configuração do delito" (fl. 217).

Quanto à pretendida incidência da circunstância atenuante genérica da confissão – art. 65, III, "d", do Código Penal, entendo que o recurso não merece prosperar. A versão dos fatos apresentada pelo réu em seu interrogatório judicial se deu de forma parcial e, portanto, dissociada

do restante do acervo probatório. Ademais, da análise acurada da sentença de primeiro grau, percebe-se que a confissão não foi sequer utilizada como fundamento a alicerçar a condenação.

Busca, ainda, o apelante a absolvição quanto aos crimes de porte ilegal de arma de fogo e de receptação, pela aplicação do princípio da consunção.

Do que se vê do autos, o apelante, por ocasião de sua prisão em flagrante, utilizou do seu direito de permanecer calado, narrando sua versão dos fatos apenas na oportunidade de seu interrogatório judicial.

O Juízo singular, na sentença, deixou de aplicar o princípio da consunção e acolheu os termos da denúncia, condenando o apelante tanto pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, como pelo crime de receptação, de forma autônoma.

Na oportunidade em que foi interrogado em juízo, no que tange à arma apreendida em seu poder, o apelante emprestou aos fatos a seguinte versão:

“[...] Essa arma era de um conhecido meu. Eu falei se ele poderia me alugar a arma e quando eu viesse eu dava um dinheiro a ele. Não adquiri a arma na Feira da Parangaba. Quando eu fui preso fiquei com medo de botar mais gente envolvido nisso e eu falei na Delegacia que tinha comprado. Eu estava usando droga com ele no sábado, quando foi no domingo pela manhã eu pedi a arma emprestada e ele me emprestou. [...] Pedi emprestado essa arma a um rapaz que mora perto de casa, conhecido como "Desson". Eu não tive mais notícia dele depois que fui preso.” (fl. 187)

No caso, se de um lado há afirmação dos policiais de que o acusado, ao ser preso, teria afirmado haver comprado a arma na Feira da Parangaba, de outro há a versão apresentada pelo réu por ocasião de seu interrogatório de que teria tomado o artefato emprestado, em ato preparatório, visando a prática do delito, com a intenção de devolvê-lo no mesmo dia.

Sobre o princípio da consunção, a lição de Fernando Capez:

“[...] um fato mais amplo e mais grave consome, isto é, absorve, outros fatos menos amplos e graves, que

funcionam como fase normal de preparação ou execução ou como mero exaurimento. Costuma-se dizer: 'o peixão (fato mais abrangente) engole os peixinhos (fatos que integram aquele como sua parte)'. [...] há uma regra que auxilia na aplicação do princípio da consunção, segundo a qual, quando os crimes são cometidos no mesmo contexto fático, opera-se a absorção do menos grave pelo de maior gravidade. Sendo destacados os momentos, responderá o agente por todos os crimes em concurso.”

(in Curso de Direito Penal - Parte Geral - vol. 1, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 73-74).

No caso dos autos, do que se observa, a arma foi apreendida no mesmo contexto fático, ou seja, quando o réu tentava fugir com o produto do crime do roubo, no qual empregou a arma. A situação seria diferente se o instrumento fosse encontrado com o paciente tempos depois, fora da situação de flagrância, ou, ainda, restasse a certeza de que a aquisição da arma teria se dado em momento anterior à prática delitiva, demonstrando inexistir qualquer vínculo entre as duas condutas típicas, o que de fato não se pode abstrair da prova produzida neste caderno processual.

Afasto, por isso, a condenação imposta ao recorrente pelos delitos de porte ilegal de arma de fogo e de receptação.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO, EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO QUALIFICADA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. INEXISTÊNCIA DE CRIME CONTINUADO. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. PENAS-BASE FUNDAMENTADAS. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

[...].

2. Impõe-se a absolvição quanto ao porte ilegal de arma de fogo, com extensão dos efeitos aos corréus, visto que evidenciado que a aquisição das armas de fogo pelo paciente e a respectiva entrega aos corréus tiveram como único fim a consecução dos crimes de roubo e de extorsão, incidindo na espécie o princípio da consunção.

[...]

5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena aplicada ao paciente, pelo roubo circunstanciado e pela extorsão mediante sequestro qualificada, de 21 (vinte e um) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 56 (cinquenta e seis) dias-multa para 19 (dezenove) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa, ficando absolvido quanto porte ilegal de arma de fogo, com extensão dos efeitos, nessa parte, aos corréus.
(HC nº 71.696/PR, Relator o Ministro OG FERNANDES, Dje 28/03/2012.)

Ante tais considerações, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, dou parcial provimento ao apelo, a fim de absolver o apelante CARLOS EDUARDO RIBEIRO DA SILVA, dos delitos previstos no art. 180, caput, do Código Penal Brasileiro e no art. 14, da Lei nº 10.826/03, em face do princípio da consunção, mantendo, quanto ao mais, a decisão condenatória proferida em primeiro grau de jurisdição.

É como voto.

Fortaleza, CE, 24 de março de 2015.

APELAÇÃO CRIME Nº 0005788-87.2002.8.06.0064

APELANTE: - JOSÉ OSMAR DO NASCIMENTO SILVA

APELADO : - M.P. CE.

RELATORA : DESA. MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL GRAVE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS COM BASE EM PROVA ORAL E PERICIAL. LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA NÃO COMPROVADA. PRECEDENTES. APELO NÃO PROVIDO.

1. A materialidade e a autoria do crime restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. A prova pericial e os depoimentos firmes e coesos da vítima e das testemunhas mostram-se hábeis para atestar os fatos narrados na denúncia.

2. A defesa não se desincumbiu de comprovar a alegada hipótese da legítima defesa putativa, havendo prova em contrário.

3. Para o reconhecimento da tese da legítima defesa, real ou putativa, faz-se mister a demonstração inequívoca e incontroversa que comprove a presença da exclusão de ilicitude, o que não ocorreu no caso concreto. Precedentes.

4. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, porém para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por JOSÉ OSMAR DO NASCIMENTO DA SILVA contra a sentença de fls. 76/80, que o condenou pela prática do crime tipificado no art. 129, § 2º, IV, do Código Penal.

Aduz o recorrente que não há provas suficientes para atestar sua culpabilidade. Alega que a prova colhida é uniforme no sentido de que agiu motivado pelo fato de a vítima supostamente estar a lhe agredir, tendo revidado com a utilização de arma branca.

Requeru o provimento do recurso para absolver o apelante.

Contrarrrazões às fls. 87/89.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 95/96 pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

A materialidade e a autoria do crime restaram comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. A prova pericial e os depoimentos firmes e coesos da vítima e das testemunhas de acusação mostram-se hábeis para atestar os fatos narrados na denúncia.

Os Autos de Exame de Corpo de Delito (Lesão Corporal) de fls. 17 e 25 não deixam nenhuma dúvida acerca da materialidade do crime, conforme reconhecido na sentença objurgada. Dos exames também se extrai que a vítima apresentava, entre outras, lesões no dorso e na cintura escapular esquerda, características de agressões sofridas pelas costas e, portanto, incompatíveis com a tese da legítima defesa.

Quanto à autoria delitiva, ao ser ouvido em juízo, relatou o ofendido:

“(…) que então quando estava urinando no pé do muro, procurando um jeito para ninguém perceber, já sentiu foi a facada em suas costas; que de imediato apagou; que a Graça e a Ana viram o momento da facada; que elas

também viram o momento em que o acusado ficou em cima do declarante lhe esfaqueando; (...)" (fls. 60)

A respeito da validade jurídica do depoimento das vítimas, oportuno rememorar recente julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça, confira-se:

“3. A palavra da vítima, nos crimes às ocultas, é de fundamental importância como elemento de convicção do Juiz, sobretudo quando em consonância com as demais provas existentes nos autos. Precedentes.

4. Na espécie, além da declaração da vítima de que o paciente teria sido o autor dos socos contra ela desferidos, há, nos autos, exame de corpo de delito a demonstrar a materialidade do delito, elementos suficientes a autorizar o início da *persecutio criminis in iudicio*.”

(HC 144729/DF, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Des. convocado do TJ/SP), DJe 02/05/2011)

A prova testemunhal corrobora a palavra da vítima, em especial o depoimento da testemunha Maria das Graças Silva Costa, que afirmou às fls. 61:

“(...) que viu que a vítima estava urinando no pé do muro, próximo a depoente, quando o acusado chegou próximo; que não houve nenhuma discussão entre os dois nesse momento; que então quando a depoente viu, o acusado já estava furando a vítima; que nem o acusado, nem a vítima falaram nada, por isso a depoente estranhou quando o acusado já foi dando as facadas; (...)”

Como se vê, o conjunto probatório é harmônico, robusto e contundente em apontar o recorrente como autor do fato conforme narrado na denúncia. Os exames periciais e os depoimentos da vítima e da testemunha revelam não só a ocorrência do crime, mas também suas peculiaridades.

A tese da legítima defesa putativa colide frontalmente com a prova coligida, não havendo o apelante se desincumbido do ônus de comprovar sua alegação. Em casos que tais, a jurisprudência pátria é

pacífica e remansosa no sentido de que para o reconhecimento da tese defensiva seria necessário a demonstração inequívoca e incontroversa que comprovasse a existência da exclusão de ilicitude em debate, conforme ilustram os seguintes julgados:

“O Eg. Tribunal 'a quo', amparado na interpretação do arcabouço probatório, entendeu incabível o reconhecimento da legítima defesa, real ou putativa, em razão da necessidade de prova inequívoca, segura, incontroversa e perfeitamente convincente da existência da causa de exclusão do crime, o que não se verificou na espécie, fazendo incidir o óbice da Súmula 7, STJ, a desconstituição de tal entendimento.”
(AgRg no AREsp 449217/SP, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, DJe 02/04/2014)

“Na hipótese, subsiste motivação idônea a sustentar as conclusões da sentença de pronúncia, porquanto o verdadeiro fundamento utilizado pelo magistrado para afastar a tese de legítima defesa diz respeito ao fato de a defesa não ter-se desincumbido do ônus de provar a incidência da referida excludente.”
(HC 169307/MG, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 28/08/2014)

“O ônus da prova da legítima defesa é do agente. Para ser reconhecida, a excludente de ilicitude tem que apresentar com clareza estreme de dúvidas. E se dúvida inexistente quanto a sua inocorrência, o decreto condenatório é medida que se impõe”
(TJMG - ACr. 153.710/9 - Rel. Des. Alves de Andrade)

Dessa forma, verifica-se que no caso concreto não restam dúvidas quanto à materialidade do crime e à autoria delitiva imputada ao recorrente, estando o édito condenatório devidamente fundamentado e amparado pelo robusto acervo probatório dos autos.

Isso posto, conheço do apelo, mas para negar-lhe provimento, mantendo incólume a decisão condenatória.

É como voto.

Fortaleza, 10 de março de 2015.

APELAÇÃO CRIME Nº 0058937.78-2011.8.06.0000

APELANTE – RAFAEL LEMOS WEYNE DE ALMEIDA

APELADO – MINISTÉRIO PÚBLICO

RELATORA – DESA. MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 299, CAPUT, DO CP. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. CRIME IMPOSSÍVEL POR ABSOLUTA INEFICÁCIA DOS MEIOS DE EXECUÇÃO. FALSIFICAÇÃO “GROSSEIRA” DOS DOCUMENTOS. INSUBSISTÊNCIA. CRIME FORMAL. CONJUNTO PROBATÓRIO HARMÔNICO. DOSIMETRIA. OBEDIÊNCIA AO ART. 68 E 59 DO CPB. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

2. O crime de falsidade ideológica é delito formal. Assim, prescinde de resultado naturalístico; consumando-se, *in casu*, com a apresentação de formulários preenchidos com informações pessoais não verídicas quanto a real identidade e condição financeira do réprobo

3. A hipotética “grosseria” das rasuras aplicadas sobre a documentação apresentada pelo réu não é condição suficiente para inviabilizar a consumação da falsidade ideológica repreendida nos autos, vez que, como visto, amplamente consumada desde o preenchimento dos formulários bancários com dados falsos.

4. No que toca a dosimetria, vê-se que, igualmente, não assiste razão ao recorrente, uma vez que o julgador da instância de piso fundamentou devidamente a elevação da pena imposta dentro do seu poder discricionário.

Percebe-se que o nobre magistrado obedeceu às exigências do art. 59, do Código Penal, estando extremamente razoável o *quantum* estabelecido na sanção.

5. Apelo conhecido e desprovemento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal manejada pela Defesa e interposta em desfavor da sentença condenatória às fls. 200/205, da lavra do ilustre Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, prolatada ante a constatada incidência no art. 299, *caput*, do Códex Penal Brasileiro.

Nas Razões de Apelação (fls.215/220), a defesa obsecra a absolvição do apelante em função do reconhecimento de pretense crime impossível (art. 17, do CP), em face ao aspecto grosseiro da documentação utilizada para a falsidade; ou subsidiariamente, redução da pena-base no patamar mínimo legal.

Nas Contrarrazões (fls.222/225), o representante do *Parquet* com *munus* naquele cenáculo jurisdicional, ao seu turno, manifestou-se pela permanência *in totum* da sentença vergastada.

A Procuradoria Geral de Justiça (fls.233/236) opinou pelo não acolhimento das teses recursais.

É o sucinto relato.

À Douta Revisão.

VOTO

O recurso tirado pela defesa de Rafael Lemos Weyne de Almeida deve ser improvido, conforme se verá.

Consta dos autos que o réprobo, terceirizado lotado CTI do Fórum Clóvis Beviláqua, no intuito de abrir conta no Banco Sudameris, exclusivo para servidores, se identificou para a gerente da instituição financeira como Dr. João Batista de Almeida Neto, Juiz de Direito da Comarca de Barbalha, o qual apresentou uma vasta documentação, inclusive comprovação de rendimento no valor de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais) expedido pelo TRE-CE.

Avaliada a documentação ficou constatado sua visível falsificação.

Compulsando os fôlios, verifica-se que estão devidamente comprovadas e incontrovertidas, a autoria e a materialidade, conforme Proposta de Abertura de Conta Corrente e/ou Poupança com farta documentação falsificada (fls. 23/31), Termo de Reconhecimento (fls. 35) e depoimentos prestados pela vítima e testemunhas.

O réu nega com veemência a prática delitativa em ambas as fases da persecução penal e apresenta justificativa exculpatória. Colaciono trecho do interrogatório em Juízo:

“Que não é verdadeira a imputação que lhe faz a denúncia; que realmente na época o interrogando trabalhava no Centro de Treinamento Integrado do Fórum como terceirizado; que seu horário de trabalho era a partir do meio dia; que no local realmente existia quiosque do banco em questão oferecendo empréstimos a servidores públicos; que o interrogando nunca chegou perto de tal quiosque, até porque não preenchia os requisitos para empréstimo e também não tinha interesse; que o interrogando alega que tudo é raiva da gerente do banco pois anteriormente o interrogando teve um caso amoroso com a mesma; que conhece as testemunhas arroladas na denúncia tendo a alegar que Rosevalda é mentirosa, inventou toda a mentira para prejudicar o interrogando.”(fls.109)

O argumento ludibriante construído pelo réprobo foi superado e descortinado pelas declarações da vítima Rosevalda e da testemunha Rosângela:

“Que realmente no dia 18/07/2005 a depoente recebeu uma ligação de alguém que se identificou como Juiz da Comarca de Barbalha e que tinha interesse em abrir uma conta corrente no banco em que a depoente trabalhava; que a depoente marcou uma entrevista com este Juiz no CTI do Fórum, isto por volta das 10:00 hs; que no dia marcado a depoente compareceu ao local e já por volta de 11:00 hs este Juiz compareceu; que este Juiz mostrou uma declaração de rendimentos, na qual dava uma renda mensal de quase R\$ 28.000; ... que o comprovante de rendimento apresentado por este Juiz era do TRE; que a depoente então retornou a agência onde trabalhava e ao examinar a documentação entregue pelo acusado constatou várias irregularidades...; que a depoente então ligou para o Tribunal de Justiça tomando conhecimento que tal pessoa não era Juiz de Direito.”

(Rosevalda Ferreira Bezerra - fls. 131/132)

“ Que a depoente recorda-se que certa vez recebeu um telefonema de Rosevalda Bezerra, a qual disse ter estado no CTI pela manhã, pois havia recebido o telefone de uma pessoa que se identificou como Juiz de Barbalha e que havia feito o cadastro do mesmo; que a depoente falou para a aludida pessoa de que no local só trabalhava um Juiz, ou seja, o Dr. Mendes e que desconhecia quem era este Juiz João Batista; que recorda que a referida pessoa se identificou como gerente do banco.”

(Rosângela Maria Evangelista de Melo -fls. 127/128)

Não há o que se contestar quanto à validade das declarações da vítima e testemunhas, haja vista que estes não têm injusto propósito acusatório contra alguém que não nutre sentimento algum. Seriam necessários, portanto, fatos concretos que atestassem sua parcialidade, para que só então, tais depoimentos fossem rejeitados. Autoria delitativa ratificada.

Não merece acolhida a alegação defensiva que pugna pelo reconhecimento de pretenso crime impossível em face do aspecto grosseiro

da documentação utilizada para a falsidade, o que caracterizaria absoluta ineficácia dos meios de execução.

O crime de falsidade ideológica é delito formal. Assim, prescinde de resultado naturalístico; consumando-se, *in casu*, com a apresentação de formulários preenchidos com informações pessoais não verídicas quanto a real identidade e condição financeira do réprobo. Além de estar ciente que o benefício era direcionado exclusivamente a servidores, fato este que o levou a se camuflar como Juiz de Direito e apresentar-se com renda mensal elevadíssima, cujo escopo ardid era conseguir empréstimo junto à instituição financeira – Banco Sudameris.

Nesse sentido:

EMENTA: (...)

XXII - No crime de falsidade ideológica a falsidade incide sobre o conteúdo do documento, que, em sua materialidade é perfeito. A idéia lançada no documento é que é falsa, razão pela qual esse delito é, doutrinariamente denominado de falso ideal, falso intelectual e falso moral (Rogério Greco in “Código Penal Comentado”, Ed. Impetus, 1ª edição, 2008, página 1.175). Protege-se, assim, a fé pública, no que se refere à autenticidade do documento em seu aspecto substancial (Damásio E. de Jesus in “Direito Penal – Volume 4”, ed. Saraiva, 6ª edição, 1995, página 51). É preciso que a falsidade ideológica seja praticada com a finalidade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante (Guilherme de Souza Nucci in “Manual de Direito Penal”, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2008, página 915).(...)

(Denun na APn 549/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/10/2009, DJe 18/11/2009)

O representante da Procuradoria Geral de Justiça se manifestou nos seguintes termos: “ *Hipotética “grosseria” das rasuras aplicadas sobre a documentação apresentada pelo réu, bem como o enfrentamento de processo investigativo naturalmente desenvolvido pelo banco quando da análise da proposição de abertura de conta corrente e crédito, não são condições suficientes para inviabilizar a consumação da falsidade ideológica repreendida nos autos, vez que, como visto, amplamente*

consumada desde a composição cursiva dos formulários bancários.”(fls. 233/236)

Não que se falar mais em impropriedade dos meios de execução e, conseqüentemente, crime impossível.

No que toca a dosimetria, vê-se que, igualmente, não assiste razão ao recorrente, uma vez que o julgador da instância de piso fundamentou devidamente a elevação da pena imposta dentro do seu poder discricionário. Percebe-se que o nobre magistrado obedeceu às exigências do art. 59, do Código Penal, estando extremamente razoável o *quantum* estabelecido na sanção.

Em arremate, verifica-se que a condenação *a quo* baseou-se em provas devidamente valoradas na sentença, de vez que se procedeu ao cotejo de todo o conjunto probatório, de modo a formar o livre convencimento conclusivo da autoria e materialidade atribuídas ao apelante, pelo delito de falsificação ideológica.

Isso posto, conheço do apelo, mas para lhe negar provimento, em consonância com o parecer da douda Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 20 de fevereiro de 2015.

APELAÇÃO CRIME Nº 0000812.23.2005.8.06.0164

APELANTE: J.P.L.

APELADO: M.P. CE. .

RELATORA: DESA. MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRELIMINARES DE NULIDADE REJEIÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DEFESA TÉCNICA IDÔNEA. DEFICIÊNCIA NÃO VERIFICADA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVANTE VALOR PROBATÓRIO. COERÊNCIA COM AS DEMAIS PROVAS COLIGIDAS PRECEDENTES. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PROGRESSÃO. INICIALMENTE SEMIABERTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não restou demonstrado nenhum prejuízo à defesa que ensejasse nulidade, incidindo na espécie o princípio do *pas de nullité sans grief*, consubstanciado no art. 563 do CPP. Nomeado advogado para determinado ato processual, a defesa técnica do acusado não se ressentiu de deficiência, posto que ratificada pelo Defensor Público designado para assistir o réu, que nada requereu para fins do art. 499 do CPP, então vigente.

2. A materialidade e a autoria do crime restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. Os depoimentos da vítima, corroborados pela prova testemunhal, mostraram-se hábeis para atestar a tese da acusação.

3. Em sede de delitos contra os costumes o relato da vítima se reveste de especial valor probatório, principalmente pela circunstância da clandestinidade em que geralmente são perpetrados.
4. Não obstante afirme o recorrente não ter praticado os atos libidinosos narrados na inicial acusatória, seus argumentos encontram-se dissociados da prova coligida. O conjunto probatório aponta o apelante como autor do fato em tela. Os depoimentos e os testemunhos são harmônicos entre si e revelam não só a ocorrência do crime, mas também suas peculiaridades.
5. Não acolhida a alegação de negativa de autoria.
6. O apelante, não reincidente, condenado a 6 (seis) anos de reclusão, faz jus ao cumprimento da pena inicialmente no regime semiaberto, na forma do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, em conformidade com a orientação do Supremo Tribunal Federal, que declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/06, afastando a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.
7. Recurso a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso para lhe dar parcial provimento, tão somente para estabelecer o regime

inicial semiaberto para o cumprimento da pena, mantendo incólume os demais pontos da sentença recorrida, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por **JOSÉ PEREIRA LOPES** contra a sentença de fls. 77/82, que condenou o recorrente pela prática do crime tipificado no art. 214, c/c art. 224, “a”, ambos do Código Penal, aplicada a pena de 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado.

Levanta o recorrente preliminar de nulidade por ausência de intimação da defesa para a audiência de instrução. Aduz que o ato processual realizou-se com a nomeação de advogado *ad hoc*, o que somente poderia ter ocorrido se após a regular intimação pessoal, o defensor do acusado não houvesse comparecido.

Pugna pela ausência de laudo de exame de corpo de delito. Debate-se pela ausência de assinatura no despacho designatório de audiência e pela designação de audiência para oitiva de testemunhas de acusação e de defesa na mesma oportunidade.

Ainda em sede de preliminar, discorre acerca da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 e sobre o atentado violento ao pudor com violência presumida, objetivando a progressão de regime em caso de confirmação da sentença vergastada.

No mérito, alega que o exame pericial realizado foi o de estupro, que deu negativo. Alega que o delito em tela deixa vestígios, haja vista que o réu está sendo acusado pela prática de sexo oral na vítima, devendo a presença de saliva do acusado ter sido constatada, o que seria prova irrefutável da prática delitativa em comento.

Aduz que o acusado nega a autoria delitativa, e as testemunhas oitivadas não presenciaram os fatos narrados na denúncia. Sustenta não haver prova da materialidade do delito.

Requeru preliminarmente a declaração de nulidade do processo e, alternativamente, a progressão do regime de cumprimento de pena. No mérito, requereu a reforma da sentença recorrida para absolver o apelante.

Contrarrrazões às fls. 118/121.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 128/132 pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

À doutra revisão.

VOTO

Não prosperam as alegações de nulidade arguidas pelo recorrente.

O recorrente compareceu à audiência de fls. 57, tendo sido nomeado para o ato advogado dativo para o ato processual porquanto o defensor público encontrava-se de férias, conforme certificado às fls. 71. Cumpre registrar que na primeira oportunidade em que se manifestou, referido defensor público deixou registrado às fls. 57 verso que “a defesa nada tem a requerer para fins do art. 499 do CPP”, ratificando, dessa forma, a defesa técnica do recorrente, não se havendo falar em cerceamento de defesa nem, conseqüentemente, em nulidade.

Aplicou-se na espécie o regramento contido no parágrafo único do Código de Processo Penal, que à época preceituava:

A falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato.

(Redação alterada pela Lei nº 11.719, de 2008)

Demais disso, o recorrente não manifestou nenhuma contrariedade à nomeação do advogado para aquele ato processual, até mesmo porque se tratava de réu preso, não sendo razoável supor que preferisse aguardar em cárcere o gozo das férias do defensor público para somente depois ser designada a audiência.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como bem ilustram os arestos abaixo colacionados:

“3. O simples fato de haver sido nomeado defensor dativo ao paciente para o ato não é capaz de demonstrar os danos que teriam sido por ele suportados, até mesmo porque estava presente à audiência, o que indica que teve a oportunidade de se consultar com o profissional indicado para patrociná-lo na ocasião, bem como de solicitar que formulasse os questionamentos considerados relevantes para o deslinde da controvérsia.

4. Atualmente, até em casos de nulidade absoluta, doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que a mácula possa ser reconhecida.”

(HC 228280/BA, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 25/03/2014)

“3. Diante da impossibilidade de comparecimento dos Defensores Públicos ao mencionado ato, a togada responsável pelo feito nomeou ao recorrente advogado *ad hoc*, inexistindo nos autos qualquer evidência de que o acusado tenha se insurgido contra tal designação, ou, ainda, de que o profissional indicado para defendê-lo na oportunidade teria agido de forma desidiosa.

4. Não tendo o recorrente indicado causídico de sua confiança para patrociná-lo em juízo, não se pode conceber que a Defensoria Pública seja a única titularizada a atuar na causa em seu favor, especialmente tendo-se em conta que os membros do referido órgão na comarca não poderiam estar presentes à audiência designada.

5. Não é razoável que a tramitação da ação penal seja condicionada aos compromissos pessoais das partes ou dos demais órgãos que atuam em juízo, motivo pelo qual não há falar em direito subjetivo à escolha de defensor público quando verificada a inércia do acusado em exercer o seu direito de constituir o profissional de sua confiança, conforme lhe garante o artigo 263, caput, do Código de Processo Penal.”

(RHC 46584/MT, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 14/05/2014)

Como se constata, não restou demonstrado nenhum prejuízo à defesa que ensejasse nulidade, incidindo na espécie o princípio do *pas de nullité sans grief*, consubstanciado no art. 563 do Código de Processo Penal:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Sobre o tema, vale conferir os seguintes julgados:

“A declaração de nulidade do ato processual exige a demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo ao réu - não evidenciado na espécie -, em face do princípio *pas de nullité sans grief*, insculpido no art. 563 do Código de Processo Penal.”

(AgRg no HC 272660/ES, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 30/04/2014)

“6. Ademais, não se logrou êxito na comprovação do prejuízo, tendo somente sido suscitada genericamente as matérias, sendo inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*.”

(HC 247905/BA, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 02/05/2014)

“Alegações genéricas de nulidade, desprovidas de demonstração do concreto prejuízo, não podem dar ensejo à invalidação da ação penal. É imprescindível a demonstração de prejuízo, pois o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades - *pas de nullité sans grief*.”

(HC 207808/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 06/06/2013)

Relativamente à ausência de exame de corpo de delito, cumpre esclarecer que não há obrigatoriedade de prova pericial para atestar a ocorrência do crime descrito na denúncia, se comprovada por outros meios de prova, sendo irrelevante o exame de fls. 38 nada ter apurado quanto vestígios de saliva.

Nesse sentido:

PENALEPROCESSOPENAL.AGRAVOREGIMENTAL.
RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO
PUDOR. ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. PALAVRA
DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. LAUDO PERICIAL

OFICIAL. NÃO OBRIGATORIEDADE. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. RESSALVA DO POSICIONAMENTO DA RELATORA. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO.

1. (...). 2. Consolidou-se neste Superior Tribunal de Justiça a tese de que a palavra da vítima tem alto valor probatório, considerando que crimes dessa natureza geralmente não deixam vestígios e, em regra, tampouco contam com testemunhas. 3. Não há falar em nulidade na hipótese de condenação, por atentado violento ao pudor, em razão da ausência de laudo pericial oficial, se demonstrada a materialidade e autoria do crime por outros elementos contidos nos autos. 4. Predomina nesta Corte o raciocínio segundo o qual é absoluta, e não relativa, a presunção de violência nos casos de estupro ou atentado violento ao pudor contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09. Ressalva do entendimento da Relatora. 5.(...). 6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1289027/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 28/11/2013) *negritei*

Quanto à ausência de assinatura no despacho designatório da audiência, entendo que o ato restou convalidado, haja vista que presente o representante do Ministério Público, também na função precípua de *custus legis*, bem assim porque, repise-se, o defensor público nada requereu para fins do art. 499 do Código de Processo Penal.

Relativamente ao questionamento acerca da designação de audiência de oitiva das testemunhas de acusação e de defesa para a mesma oportunidade, o art. 400 do CPP estabelece que na mesma audiência de instrução e julgamento proceder-se-á à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, senão vejamos:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

(Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

A despeito do dispositivo legal em alusão ter entrado em vigor depois da arguição, tratando-se de norma de natureza processual deve ser aplicada imediatamente. Por conseguinte, não haveria nenhuma utilidade no eventual reconhecimento da alegada nulidade, carecendo a súplica de interesse recursal neste particular.

Quanto ao regime de cumprimento da pena, a sentença objurgada, prolatada em 07/11/2005, determinou o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Entretanto, a partir da vigência da Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, o regime de cumprimento da pena para os crimes hediondos passou a ser o inicialmente fechado.

O Supremo Tribunal Federal já havia declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º daquela norma. Nesse sentido, de bom alvitre rememorar o seguinte julgado:

“O Supremo Tribunal Federal, em 23/2/06, ao julgar o Habeas Corpus nº 82.959, deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Após tal decisão e com a vigência da Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, foi retirado do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado, antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional.”

(HC 121050/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, DJE 08/02/2013)

Posteriormente, em 27/06/2012, no julgamento do HC 111.840/ES, a Suprema Corte declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado, passando a ser utilizados na espécie os critérios de progressividade previstos no art. 33 do Código Penal.

Nesse sentido:

“2. O Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei

n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/06. Tal dispositivo impunha o regime inicial fechado para as condenações por crimes hediondos e equiparados. A partir de então, as regras do art. 33 do Código Penal passaram a ser utilizadas também para essas espécies delitivas.

3. Fixada a pena-base do Recorrente no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais favoráveis, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.”

(RHC 40685/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 02/09/2014)

De ressaltar que muito embora a sentença recorrida tenha sido prolatada anteriormente à declaração em comento, que possui natureza incidental e ostenta efeitos *ex nunc*, entendo que a orientação jurisprudencial pode ser aplicada ao caso concreto, posto que em benefício do recorrente.

O Superior Tribunal de Justiça já adotou esse mesmo entendimento em caso análogo, senão vejamos:

Não obstante ter sido a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 incidental e com efeito *ex nunc*, incompreensível seria a aplicação do aludido ato normativo em outras causas envolvendo crimes hediondos, ou a eles equiparados, após ter sido considerado pelo Supremo Tribunal Federal como violador de princípios inscritos na Constituição Federal. Precedentes.

(HC 132624/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 09/11/2009)

In casu, o apelante foi condenado no mínimo legal de 6 (seis) anos de reclusão cominado para o delito. Não sendo reincidente, conforme reconhecido na sentença, aplica-se o disposto no art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal, *in litteris*:

“o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto”

No mérito, verifica-se que a materialidade e a autoria do crime restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. Os relatos da vítima, corroborado pelos depoimentos das testemunhas, mostram-se hábeis para atestar a tese da acusação.

Nos crimes sexuais, as declarações prestadas pelas vítimas são de grande importância como elemento probatório para fundamentar a decisão condenatória, mesmo ante a negativa de autoria do réu.

A respeito da validade jurídica do depoimento das vítimas, vale rememorar lições recentes do colendo Superior Tribunal de Justiça, confira-se:

“A palavra da vítima é elemento de extrema relevância nos crimes sexuais, tendo em vista serem, na maior parte dos casos, cometidos na clandestinidade e sem a presença de testemunhas. Precedentes.” (AgRg no AREsp 438176/GO, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 12/05/2014)

(...) PALAVRA DA VÍTIMA, QUE, DE QUALQUER FORMA, NOS CRIMES DE ESTUPRO, É ELEMENTO PROBATÓRIO DE RELEVANTÍSSIMO VALOR. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

(...). 4. Não prospera a alegação de que a ausência de exame de corpo de delito impede o reconhecimento da configuração do delito cometido pelo Paciente, pois '[a] palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios' (STJ, HC 135.972/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 07/12/2009.) (...).”
(HC 273447/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 30/04/2014) *grifos nossos*

Assim, não obstante a alegação do recorrente de não ter participado dos fatos narrados na inicial acusatória, seus argumentos encontram-se dissociados da prova coligida.

Nesse sentido, em sede inquisitorial, foi ouvida a genitora da vítima (fls. 14), que descreveu com riqueza de detalhes o relato da vítima acerca da prática de atos libidinosos pelo recorrente. Corroboram com o relato da mãe vítima os depoimentos de duas testemunhas (fls. 17 e 18), todas em consonância.

A vítima compareceu em juízo, tendo sido indagada sobre os fatos narrados na denúncia, porém, por ser muito pequena, nada respondeu a não ser com acenos às perguntas do juiz, conforme restou consignado às fls. 47. Na ocasião, a vítima acenou afirmativamente às indagações do magistrado sobre se teria feito sexo oral com o acusado.

Na mesma audiência foram ouvidas a genitora da vítima (fls. 48/49) e as mesmas testemunhas dantes inquiridas (fls. 52/53 e 54), as quais novamente depuseram de forma harmônica e convergente, com riqueza e coincidência de detalhes, corroborando com o relato da vítima, judicializando a prova e deixando extirpadas de dúvidas a autoria delitiva imputada ao apelante.

As testemunhas de defesa (fls. 55 e 56) pouco ou nada acrescentaram ao acervo probatório, limitando-se a emitir opiniões sobre a conduta do acusado, bem assim que trabalha, nada, enfim, que pudesse minimamente contrariar a versão acusatória.

Como se vê, a prova coligida aponta o apelante como autor do fato em tela. Os testemunhos são harmônicos entre si e revelam não só a ocorrência do crime, mas também suas peculiaridades.

Dessa forma, verifica-se que no caso concreto não restam dúvidas quanto à materialidade do crime e à autoria delitiva imputada ao recorrente na inicial acusatória, estando o édito condenatório devidamente fundamentado e amparado pelo acervo probatório dos autos.

Isso posto, conheço do apelo para lhe dar parcial provimento, tão somente para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena, mantendo incólume os demais pontos da decisão condenatória.

É como voto.

Fortaleza, 15 de dezembro de 2014.

APELAÇÃO CRIME Nº 0008886-31.2009.8.06.0000

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO: MARIA DE NAZARÉ ALVES TORRES

RELATORA: DESA. MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. DOLO DO RÉU NÃO EVIDENCIADO. EMISSÃO DE CHEQUES PRÉ-DATADOS COMO GARANTIA DE DÍVIDA. DESNATURAÇÃO COMO TÍTULO DE CRÉDITO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DELITO PENAL. MERO ILÍCITO CIVIL. RECURSO DESPROVIDO.

5. A presença do dolo antecedente e a intenção em auferir vantagem econômica patrimonial em desfavor da vítima caracterizam o delito de estelionato. A fraude deve ter por fim o lucro ilícito e não mero inadimplemento de obrigação, como no caso *in concreto*.

6. A emissão de cheques para a apresentação em data futura consubstancia atividade gerencial corriqueira de qualquer estabelecimento comercial que não pode, de plano, ser qualificada como crime de estelionato quando da inexistência de fundos a época de sua compensação.

7. Quando o cheque é dado como garantia de dívida, perde a característica de pagamento à vista. Diante desse desvirtuamento, não cabe mais falar em ilicitude penal da conduta, e sim ilegalidade civil, mesmo sem suficiência de fundos. Precedentes.

8. Não havendo comprovação da intenção *ab initio* do acusado de fraudar, o mero inadimplemento constitui ilícito civil, não adentrando na esfera da fraude penal. Precedentes.

9. Ante o exposto, nego-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal manejada pelo Ministério Público contra sentença penal absolutória de fls.92/97, da lavra da ilustre Juíza de Direito em Respondência pela 18ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, que proferiu absolvição ante a provável incidência da ré nas tenazes do art. 171, do Código Penal Brasileiro.

O apelante (fls.100/104) pugna pela anulação da sentença e realização de instrução criminal para reapuração dos fatos narrados na exordial delatória.

Em sede de Contrarrazões (fls. 108/118), o causídico constituído assevera acertada absolvição, pelo que roga a manutenção do decreto.

O Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 124/127) pugna pelo desprovimento do apelo.

É o que havia de mais relevante para relatar.

À Douta Revisão.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

O Ministério Público apelou pugnando pela condenação da ré, asseverando que as provas coligidas aos autos são suficientes à prolação de uma sentença penal condenatória, destacando que a acusada tinha interesse em obter vantagem ilícita em prejuízo às vítimas e que a emissão dos cheques sem fundos já seria uma fase secundária que ratificam às más intenções da apelada.

O acervo probatório é composto pelos seguintes elementos: boletins de ocorrência (fls. 09, 14 e 37), cópias das cártulas de cheques (fls. 11 e 15/16), cópias do compromissão de compra e venda de imóvel e recibos de pagamento (fls. 23/27), bem como pela prova oral colhida nos autos, em especial as palavras das vítimas e da acusada.

Analisando em guisa percuciente todo substrato probatório e, reiterando os fundamentos da ilustre magistrada sentenciante, observo que no caso em tela não existem provas de que a ré agiu com o propósito anterior e específico de induzir as vítimas em erro para obter a vantagem ilícita, elemento subjetivo do tipo penal do estelionato.

O estelionato, de acordo com o Código Penal, é um crime contra o patrimônio, modalidade de crime econômico, estando incluído no Título II, Capítulo VI, Artigo 171, sendo definido como *"obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento"*. Ausente um desses quatro requisitos, não se configura o crime de estelionato, podendo, entretanto, formar-se novo tipo penal.

Na respeitável sentença monocrática, o eminente magistrado assim se manifestou: *"O crime de estelionato só se configura, sob esta modalidade, quando o cheque é emitido como ordem de pagamento à vista. Cheques pré-datados, dados em garantia de dívida ou entregues, mas que recebedor sabe antecipadamente que não têm fundos não se presta para tipificar estelionato."* (fl. 94)

In casu, as provas carreadas nos presentes autos não são firmes no sentido de comprovar que a ré tenha agido com a intenção dolosa de obter vantagem ilícita, bem como manter ou induzir em erro pessoa com quem tenha contratado, ainda mais porque os cheques por ela emitidos eram pré-datados, como promessa de pagamento, razão pela qual o fato da inexistência de fundos suficientes quando de sua apresentação não caracteriza o estelionato definido no dispositivo em exame, e sim um ilícito civil.

Este é o posicionamento do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA (...).3. De acordo com o magistério jurisprudencial, se os dados, objetivamente, indicam que o cheque não foi emitido para pagamento à vista, não há que

se perquirir acerca do ilícito penal insculpido no art. 171, § 2º, inciso VI do C. Penal. Sem fraude a matéria deixa de ter interesse penal (Súmula nº 246-STF)- RHC n. 21.210/SP, Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, DJ 3/9/2007. (...)
(STJ - RHC: 26869 ES 2009/0186080-2, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 18/06/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2013)

EMENTA 1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não há crime de estelionato, previsto no art. 171, caput, do Código Penal, em razão da atipicidade da conduta, quando o cheque é emitido como forma de garantia de dívida, e não como ordem de pagamento à vista. (...)
(STJ - HC: 130500 GO 2009/0040425-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 23/06/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/08/2009)

A Procuradoria Geral de Justiça opinou, diante da situações fáticas do caso em comento que: "...vislumbra-se que os títulos de crédito assinados pela incriminada representavam, em verdade, uma mera garantia do pagamento de dívidas em transações imobiliárias realizadas entre a mesma e os ofendidos" e "... conquanto insuficiente provisão de fundos para sua compensação, deixou de se configurar como crime a situação em espécie, remanescendo para a seara civilista a aferição de um possível ilícito civil." (fl.126)

Dessa forma, ausente prova suficiente da existência do dolo de obter vantagem ilícita, entendo que a conduta capitulada na denúncia não passou de ilícito de natureza civil, tornando inexigível a intervenção do Direito Penal em homenagem aos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade, da necessidade e intervenção mínima, devendo ser mantida a absolvição da recorrida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público.

É como voto.

Fortaleza, 15 de dezembro de 2014.

HABEAS CORPUS

PROCESSO: 0001028-10.2013.8.06.0000 - HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: ANTÔNIO FERREIRA MENDES (OAB/CE 4283)
PACIENTE: FRANCISCO ARISTEU CAMELO
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE NOVA RUSSAS
RELATORA: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE BENEFICIADO COM PROGRESSÃO DE REGIME PARA O ABERTO. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

01- Correta a decisão do Juiz Singular que determinou a regressão do apenado ao regime fechado, tendo em vista a constatação da ocorrência de falta grave, consistente na prática de outro crime. (art. 118, inciso I, da LEP).

02 - O art. 118, inciso I, da Lei de Execução Penal estabelece que o apenado ficará sujeito à transferência para qualquer dos regimes mais gravosos quando praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, não havendo que se observar a forma progressiva estabelecida na Lei de Execuções Penais.

03 - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **Habeas Corpus**, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em **conhecer** da impetração, para **denegar a ordem**, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 06 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de pedido de **habeas corpus** com pedido de liminar, impetrado por Antônio Ferreira Mendes, em favor de Francisco Aristeu Camelo.

Alega, em síntese, que o paciente encontra-se sofrendo constrangimento ilegal, em virtude de decisão do Juiz "a quo" que regrediu o seu regime prisional do aberto para o fechado, sem dar oportunidade de defesa ao mesmo.

Informações prestadas às fls. 42/45, a douta PGJ manifestou-se pelo não conhecimento da ordem impetrada.

É o relatório.

VOTO

A ordem requestada pelo presente *mandamus* não deve alcançar o pretendido deferimento, à míngua de suporte legal e fático suficiente para tal.

O impetrante requer a liberdade do paciente sob o argumento de que está sofrendo constrangimento ilegal, em virtude da decisão do douto Juiz Singular da 1ª Vara da Comarca de Nova Russas, ter regredido o seu regime prisional do aberto para o fechado, sem dar oportunidade de defesa ao mesmo.

De início, ao compulsar os autos, verifica-se que a autoridade coatora decretou a regressão de regime do paciente para o fechado, em virtude do mesmo ter cometido outro crime, quando gozava do regime aberto.

Diante disso cometeu falta disciplinar de natureza grave, na forma do art. 52 da Lei de Execuções Penais.

De acordo com o disposto no inciso I do artigo 118 da Lei de Execuções Penais, a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, **com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos**, quando o condenado praticar fato definido como crime doloso ou **falta grave**, senão vejamos:

“Art. 118 - A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave.”

Vê-se, assim que, para a regressão não é necessário a observância da forma progressiva para o cumprimento da pena, cabendo ao Juiz, em cada caso, avaliar o regime mais gravoso adequado para a falta cometida.

Sobre o tema, leciona Júlio Fabbrini Mirabete, "Referindo-se a lei a transferência para 'qualquer regime mais rigoroso', possibilita regressão do regime aberto diretamente para o fechado. Cabe ao Juiz examinando a causa de regressão, determinar para qual regime será transferido o condenado que se encontra em prisão albergue ou domiciliar" (in Execução Penal, 9ª ed., Atlas, p. 397).

Nesse sentido, cito Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL - RECURSO ESPECIAL - ART. 157, § 2º, I E II E ART. 180 DO CÓDIGO PENAL - EXECUÇÃO PENAL - REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL - FALTA GRAVE - REGRESSÃO *PER SALTUM*.

O art. 118, inciso I, da Lei de Execução Penal estabelece que o apenado ficará sujeito à transferência para qualquer dos regimes mais gravosos quando praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, não havendo que se observar a forma progressiva estabelecida no art. da Lei de Execuções Penais”

(REsp 708667/RS; Ministro Félix Fischer; DJ 26/09/2.005, p. 449).

Vale ressaltar ainda, que nas informações prestadas pela suposta autoridade coatora, o mesmo informa que a regressão só foi deferida após audiência de justificação, que ouviu o paciente sobre o cometimento do outro crime, o que não condiz com o alegado pela defesa de que o mesmo não fora sequer ouvido.

Assim sendo, e ao contrário do que sustenta o Impetrante, a regressão do regime é medida que se impõem, especialmente porque a execução penal tem por objetivo a ressocialização do re-educando estruturada dentro de um sistema de disciplina e responsabilidade.

Nesse contexto, verifica-se que não há constrangimento ilegal a ser sanado pela via do *writ*, uma vez que constatada a ocorrência de falta grave.

Portanto, à luz do que dos autos consta, denega-se a ordem.

Fortaleza, 06 de maio de 2013.

PROCESSO: 0001100-94.2013.8.06.0000 - HABEAS CORPUS

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

PACIENTE: AULAN APRIGIO DE SOUZA

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA COMARCA DE QUIXADÁ

RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRISÃO EM FLAGRANTE – SENTENÇA CONDENATÓRIA – ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE, PACIENTE PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO – SENTENÇA FUNDAMENTADA QUANTO AO SEU INDEFERIMENTO – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

1. O paciente foi denunciado e condenado pela prática do crime previsto no art. 33, c/c art. 40, III da Lei 11.343/2006, à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado e o pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

2. Com o advento da sentença condenatória recorrível foi negado ao paciente o direito de recorrer em liberdade em razão da subsistência das razões de cautela, previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, não sendo trazidos aos autos quaisquer elementos que demonstrassem a alteração na situação fática do mesmo, o que, só assim, autorizaria a desconstituição da custódia cautelar.

3. O paciente foi preso preventivamente e permaneceu segregado durante toda a instrução criminal.
4. Ressalte-se que embora tecnicamente primário, o paciente possui personalidade voltada para o crime, eis que responde a dois outros processos pela prática de roubo e formação de quadrilha.
5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Habeas Corpus, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer a ordem, mas para denegá-la, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 06 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de **AULAN APRÍGIO DE SOUZA**, pela prática do art. 33, c/c art. 40, III da Lei 11.343/2006, apontando como autoridade coatora o juízo de direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Quixadá/CE.

Alega o impetrante em síntese, que o paciente foi processado e julgado perante o Juízo impetrado, restando condenado a pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado e o pagamento de 700 (setecentos) dias-multa e que na sentença penal lhe foi negado o direito de recorrer em liberdade; configurando, na sua ótica, constrangimento ilegal.

Concluiu requerendo em sede de liminar o deferimento da ordem, ou seja, a revogação do decreto preventivo e no mérito a concessão definitiva, para que possa aguardar o julgamento do seu recurso em liberdade.

Informações da autoridade dita coatora às fls. 83, apontando que o feito teve tramitação regular e justificando a necessidade da manutenção da prisão como garantia da ordem pública.

Liminar indeferida às fls. 79.

Às fls. 85/89, a Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos legais de admissibilidade. Conhece-se da ordem, porém para denegá-la.

O pedido do paciente de aguardar em liberdade o julgamento do seu recurso de apelação não merece ser acolhido.

Cuida-se de impetração de Habeas Corpus liberatório com pedido de liminar contra ato da autoridade citada, que, segundo a inicial, tem por objetivo restabelecer a liberdade do paciente, sob a argumentação de que sofre constrangimento ilegal decorrente de sentença que negou-lhe o direito de recorrer em liberdade.

O paciente permaneceu custodiado durante toda a instrução criminal, restando condenado por sentença, como incurso nas sanções do art. 33, c/c art. 40, III da Lei 11.343/2006, à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado e o pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, não tendo lhe sido garantido o direito de recorrer em liberdade, porque inalteradas as condições que determinaram a decretação da prisão cautelar.

O impetrante, irrisignado com a negativa do direito de recorrer em liberdade, manejou a presente ação de habeas corpus (fls. 01/09) em que requer a concessão do referido benefício ao paciente.

Em decisão suficientemente fundamentada, o Juízo *a quo* faz expressa menção sobre a necessidade da prisão preventiva do paciente. Com efeito, a presença dos pressupostos da prisão cautelar obsta o direito do apenado aguardar o julgamento do seu recurso em liberdade.

Examinando detidamente a pretensão do impetrante, tem-se que o paciente não faz jus à concessão do benefício pleiteado, porquanto

não vislumbra-se qualquer mácula ou falta de fundamentação na decisão que negou-lhe o direito de recorrer em liberdade, haja vista que este permaneceu preso durante toda a instrução, além de subsistirem os requisitos que fundamentaram a prisão preventiva do mesmo ao longo do processo.

Os fundamentos que tornaram necessária a segregação do agente durante a formação de culpa acabaram por se solidificar em virtude da sentença condenatória, pelo que a liberdade do acusado, nesta fase processual, poderia representar mera esquivia do cumprimento da sanção penal.

Além disso, o cometimento desse tipo de crime gera repercussão na comunidade, merecendo, pois, um tratamento diferenciado das autoridades constituídas, como forma de inibir e coibir a sua crescente marcha. Ademais, embora tecnicamente primário, o paciente possui personalidade voltada para o crime, eis que responde a dois outros processos pela prática de roubo e formação de quadrilha.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que "*o modus operandi, os motivos, a repercussão social, dentre outras circunstâncias, em crime grave (na espécie, inclusive, hediondo), são indicativos, como garantia da ordem pública, da necessidade de segregação cautelar, dada a afronta a regras elementares de bom convívio social*" (RHC 15.016/SC, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 09/02/2004).

Ressalte-se, ainda, que o paciente permaneceu preso durante todo o processo criminal em razão da presença dos requisitos autorizadores da segregação cautelar, não sendo trazidos aos autos quaisquer elementos que demonstrassem a alteração na situação fática do mesmo, o que, só assim, autorizaria a desconstituição da custódia cautelar.

Nesse sentido, confira-se precedente:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA E INDEFERIMENTO DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRAGIMENTO ILEGAL. PACIENTE QUE RESPONDEU A TODO O PROCESSO SEGREGADA.

RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA QUE PERSISTE APÓS A PROLAÇÃO DA CONDENAÇÃO. Habeas corpus denegado.

(Habeas Corpus Nº 70053912119, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 17/04/2013).

Assim, não havendo constrangimento ilegal a ser reparado, entende-se que deve ser mantida a custódia provisória do paciente.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, considerando não haver constrangimento ilegal que macule a prisão do paciente, conhece-se a presente ordem porém para denegá-la.

Fortaleza, 06 de maio de 2013.

PROCESSO: 0620625-42.2015.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: ABRÃO LINCOLN APRÍGIO DOS SANTOS
PACIENTE: ALEX SOARES DA SILVA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DA
COMARCA DE MARACANÁU
RELATOR: HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSUAL PENAL – FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO DE ADOLESCENTE E CORRUPÇÃO ATIVA (ART. 218-B, § 2º, II, C/C ART. 333 DO CPB) – CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA PRISÃO PREVENTIVA – CONVERSÃO EM MEDIDAS CAUTELARES E CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS – PEDIDO NÃO SUBMETIDO À APRECIACÃO DO MAGISTRADO SINGULAR – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA RESTANDO, PORTANTO, VEDADO O EXAME DOS AUTOS PELO ÓRGÃO COLEGIADO SOB PENA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E NA EXTENSÃO DENEGADA.

1. Estando a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente devidamente fundamentada nas hipóteses do art. 312 do CPP, não há que se falar em constrangimento ilegal pela manutenção da prisão. A garantia da ordem pública exprime necessidade de se manter a ordem na sociedade que é abalada pela prática do delito em tese.

2. Quanto à possibilidade de concessão de medidas cautelares, 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.

3. Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si só, desconstituírem a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da prisão cautelar.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, 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 parcialmente da ordem, mas para denegá-la na parte conhecida, tudo em conformidade com o voto do relator.

Fortaleza, 24 de março de 2015.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus em que o paciente, ora suplicante, ALEX SOARES DA SILVA, preso e denunciado pela suposta prática do crime tipificado no art. 218-B, § 2º, inciso II e art. 333, ambos do CPB, requer a concessão da liberdade.

Em síntese, o impetrante pugna pelo relaxamento da prisão, argumentando a carência de fundamentação no decreto de prisão

preventiva, bem como aduzindo a conversão da prisão em medidas cautelares, ressaltando, ainda, as condições subjetivas favoráveis.

No entanto, observa-se que a questão, quanto a possibilidade de conversão em medidas cautelares, não foi submetida à apreciação do juízo de primeiro grau, fato que não autoriza o conhecimento da ordem, sob pena de incidência da indevida supressão de instância.

Liminar indeferida, às fls. 28.

Informações prestadas pela autoridade impetrada às fls. 32/34, apontando que o feito tem tramitação regular e evidenciando a necessidade da custódia preventiva para garantia da ordem pública.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de fls. 48/53, manifestou-se pelo parcial conhecimento da ordem impetrada, quanto a conversão em medidas cautelares e na extensão cognoscível, pela denegação.

É o relatório.

VOTO

Em vislumbre à exordial, à outra conclusão não se pode chegar, senão pela denegação do pedido, na parte conhecida.

Trata-se de habeas corpus impetrado em favor do paciente nominado, em que se requer o relaxamento da prisão preventiva, argumentando a carência de fundamentação no decreto de prisão preventiva, bem como aduzindo a conversão da prisão em medidas cautelares, ressaltando, ainda, as condições subjetivas favoráveis.

Em relação a falta de fundamentação no decreto de prisão preventiva, não obstante as alegações da defesa, entende-se que o Juízo *a quo* agiu com acerto ao decretar a prisão cautelar, pela presença dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal e considerando a gravidade do crime.

In casu, bem delineados os motivos ensejadores da decretação da prisão preventiva. Certo é que há provas acerca da existência do crime e indícios suficientes de autoria, consubstanciados no caderno investigatório carreado, notadamente nos depoimentos de testemunhas; que comprovam a atuação do indiciado no esquema de exploração sexual de adolescente.

Consoante se extrai dos autos, o impetrante permitiu que a adolescente G. K. L. se prostituísse em um dos cômodos de sua residência, mantendo relações sexuais com este, mediante pagamento.

Por ocasião do flagrante, o indiciado tentou persuadir os policiais militares, oferecendo-lhes vantagem indevida, com nítido intuito de obstaculizar as investigações e a futura instrução probatória, razão pela qual sua prisão faz-se necessária por conveniência da instrução criminal.

A prisão preventiva do impetrante presta-se à garantia da ordem pública, em virtude do risco de reiteração da conduta delitiva, caso colocado em liberdade, bem como para assegurar a aplicação da lei penal, já que dada a gravidade e repercussão dos fatos, em liberdade, o indiciado estaria propenso a evadir-se do distrito da culpa para ver-se livre da persecução criminal.

Saliente-se que restam atendidos os requisitos normativos inculpidos no artigo 313 do Código de Processo Penal. Trata-se de suposta prática do delito de exploração sexual de adolescente punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

Assim, destarte as lançadas razões da defesa, com a devida vênia, não há como acolher a pretensão manejada, pois, ao contrário do alegado na inicial, subsiste a necessidade da custódia do paciente.

As considerações trazidas na inicial, de forma alguma desfazem as condições declinadas pelo Juízo de 1º Grau, pelo contrário, o que fica patente é a evidente periculosidade do paciente, dada a gravíssima natureza do delito em tese praticado.

Não vislumbra-se, também, qualquer ilegalidade ou irregularidade que maculasse a decisão que decretou o acautelamento provisório do paciente, uma vez que presentes, suficientemente, indícios de autoria e materialidade do crime.

Em tese verifica-se que a imputação atribuída ao paciente é dotada de grande censurabilidade e gravidade, geradora de ampla repercussão no meio social, o que possibilita a indicação objetiva da necessidade da medida constritiva para garantia da ordem pública.

Cumprе evidenciar que a garantia da ordem pública é um dos fundamentos da manutenção da prisão preventiva, com a finalidade de impedir que o agente solto continue a delinquir, acautelando-se, deste modo, o meio social.

Sendo assim, ainda que a segregação provisória seja uma medida extrema, certo é que em casos excepcionais como o dos autos, a ordem pública prevalece sobre liberdade individual, o que afasta o alegado constrangimento ilegal do paciente.

Quanto à alegação de que o paciente possui condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, residência fixa e ocupação lícita, não obstam a sua segregação cautelar, quando verificados outros elementos a recomendarem a sua manutenção.

Finalmente, ao analisarmos o presente caderno processual, não se constata qualquer comprovação de que o pedido de conversão da prisão em medidas cautelares, sob os argumentos expostos, tenham sido apreciados e indeferidos pela autoridade coatora, circunstância que impede esta Turma de conhecer os argumentos da impetração, sob pena de se caracterizar supressão de instância, posto que estaria a Câmara se antecipando ao juiz natural do feito.

Assim, em que pese os argumentos trazidos, é imprescindível a provocação do julgador singular, que, além de estar mais próximo ao fato em si e as particularidades do feito, foi o responsável pela decretação da prisão, e, mediante a devida provocação, poderá reapreciar a matéria posta, melhor analisando o pedido da defesa.

Não tendo sido apreciada na instância ordinária a argumentação de conversão da prisão em medidas cautelares, inviabiliza-se o exame da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse sentido, confira-se precedente do STJ:

“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.”

Isso posto, à luz do que dos autos consta, não há como se dar azo à pretensão, portanto, em consonância com o parecer do Ministério Público, conhece-se parcialmente da ordem de habeas corpus, mas para denegá-la na parte conhecida.

Fortaleza, 24 de março de 2015.

PROCESSO Nº: 0620945-92.2015.8.06.0000 - HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ.
PACIENTE: JÚLIO CÉSAR DA SILVA BARROS
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE TRÁFICO DE
SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES DA COMARCA DE FORTALEZA/CE.
RELATOR: DESEMBARGADOR MARIO PARENTE TEÓFILO NETO

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E CRIMES DO SISTEMA NACIONAL DE ARMAS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. MITIGAÇÃO DA SÚMULA 52 DO STJ. POSSIBILIDADE. TRANSCORRIDO PRAZO SUPERIOR A 06 (SEIS) MESES DO ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL SEM QUE A ACUSAÇÃO APRESENTASSE MEMORIAIS. ERRO DA SECRETARIA QUE NÃO INTIMOU O ÓRGÃO MINISTERIAL. NECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. ORDEM CONCEDIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Paciente foi preso no dia 14.05.2014, acusado do cometimento dos crimes tipificados no art. 33 e 35 da Lei 11.343/2006 (tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico), pugnando pelo reconhecimento do excesso de prazo na formação da culpa, em razão de transcorrido mais de 06 (seis) meses entre o encerramento da instrução sem que o Ministério Público tenha apresentado os memoriais.

2. Analisando o alegado excesso de prazo e em conformidade com a tese da defesa, verifica-se que, na espécie, há de prosperar a impetração, devendo ser relaxada a prisão do paciente tendo em vista o excesso de prazo na formação da culpa.

3. É sabido que, encerrada a fase instrutória, tem aplicação o enunciado da Súmula n.º 52 do Superior Tribunal de Justiça, tal entendimento, porém, deve ser mitigado, visando atender aos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, na medida em que não pode o réu permanecer preso cautelarmente, de forma indefinida, no aguardo do julgamento do mérito.

4. *In casu*, apesar da instrução processual ter sido encerrada em 09.10.2014, não foram apresentados memoriais pela acusação, tem o extrapolamento do prazo decorrido por culpa da secretaria da 2ª Vara de Delito de Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza, posto que certificou em 10.10.2014 que o órgão ministerial oficiante junto aquela unidade judiciária havia sido intimado para apresentar os memórias na ação penal, todavia somente após 03 (três) meses do encerramento da instrução processual a secretaria percebeu que não havia intimado o Ministério Público tendo-o feito em 21.01.2015. Ademais, tendo o Ministério Público pedido o aditamento da denúncia e a renovação do prazo para apresentação dos memoriais, os quais foram deferidos desde 20.03.2015, até a presente data a acusação não foi intimada do novo prazo.

5. Assim, resta evidenciado o reclamado constrangimento ilegal, à vista do excesso de prazo no julgamento do Paciente. Ademais, é

direito do acusado ser julgado em prazo razoável ou ser posto em liberdade.

6. Ademais, dada à peculiaridade do caso, no qual foram apreendidas com o paciente e outros 04 corréus, 3900g de maconha, 01 balança digital, celulares, cadernos, 01 motocicleta roubada, um revolver 38 e diversos objetos, provavelmente oriundos do tráfico ilícito de entorpecentes, determino que sejam impostas as medidas cautelares previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal, devendo o acusado manter atualizado o endereço onde possa ser encontrado, a fim de que os atos processuais possam ser realizados sem prejuízo à ação penal.

7. ORDEM CONHECIDA E PARCIALMENTE CONCEDIDA, COM APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.

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 parcial consonância com o parecer ministerial, em conhecer do *writ*, e conceder parcialmente a ordem pleiteada, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 24 de abril de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de habeas corpus, impetrado em 13.02.2015, pela Defensoria Pública do Estado do Ceará em favor do paciente JÚLIO CÉSAR DA SILVA BARROS, contra ato do Juízo da 2ª Vara de Delitos de Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza.

Alega a impetrante que o paciente encontra-se preso em flagrante desde 14.05.2014 sob a acusação dos crimes de Tráfico de Entorpecentes, previsto no artigo 33 e artigo 35, ambos da Lei nº 11.343/2006 e artigo 12 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003).

Assevera a Defensora Pública que a audiência una de instrução e julgamento ocorreu em 09 de outubro de 2014, onde o juiz denegou os pedidos de relaxamento de prisão informando que “finda a instrução, não há o que se falar em excesso de prazo na formação da culpa”.

Desta feita, como pontua a Defensoria Pública, estaria configurado o constrangimento ilegal do paciente, posto que este permanece privado de sua liberdade por um período que já totaliza mais de 09 (nove) meses, sem previsão de conclusão do processo com decisão judicial.

Acrescenta que não há que se observar a vedação da súmula nº 52 do STJ, posto que, apesar de encerrada a instrução, a demora se arrasta de forma desproporcional e irrazoável.

Nesse contexto, requereu, liminarmente, a concessão da ordem requestada, reconhecendo o constrangimento ilegal na prisão dos pacientes, e determinando o relaxamento da prisão do paciente. No mérito, pugna pela concessão definitiva da ordem libertária.

O impetrante apresenta os documentos de fls. 12/32, instruindo o seu *writ*.

Em decisão interlocutória datada de 18.02.2015 (fls. 39/43) foi indeferida a medida liminar requestada.

A autoridade tida como coatora não prestou as informações, apesar de regularmente notificada (fls. 44/46).

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou, em 06.04.2015, pelo conhecimento e concessão da ordem de habeas corpus (fls. 50/55).

Os autos retornaram-me conclusos para julgamento em 08.04.2015 (fl. 56).

É o relatório.

VOTO

Como relatado, cuida-se de habeas corpus, impetrado em favor do paciente Júlio César da Silva Barros, em face de ato do Juízo da

2ª Vara de Tráfico de Substâncias Entorpecentes da Comarca de Fortaleza.

O impetrante, como relatado, busca com o presente *writ* que o paciente posto em liberdade, diante do excesso de prazo para formação da culpa, tendo em vista que o mesmo encontra-se preso desde 14.05.2014, tendo a instrução sido encerrada no dia 09.10.2014 e até o presente momento não foi julgada a ação penal.

Destaca o impetrante que não há que se observar a vedação da súmula nº 52 do STJ, posto que, apesar de encerrada a instrução, a demora se arrasta de forma desproporcional e irrazoável.

Conforme orientação doutrinária e jurisprudencial, a configuração do excesso de prazo na formação da culpa não decorre da simples soma aritmética dos prazos legais aplicáveis à espécie, devendo a questão ser aferida segundo critérios de razoabilidade e considerando as peculiaridades do caso a caso.

No caso dos autos, conforme se constata de consulta aos autos eletrônicos da ação penal nº 0765595-69.2014.8.06.0001, no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, percebe que se trata de ação com pluralidade de réu, pois possui 05 (cinco) réus, com necessidade de expedição de carta precatória, que tramitou regularmente, considerando as suas peculiaridades, senão vejamos:

- Denúncia ofertada em 20.06.2014;
- Determinada a notificação dos réus em 09.07.2014;
- Réus notificados em 10.07.2014;
- Resposta à denúncia apresentada em 24.07.2014;
- Instrução encerra em 09.10.2014.

Com efeito, até o encerramento da instrução o processo teve sua tramitação regular, todavia, após o encerramento a ação penal passou a não mais evoluir, tendo a diretora de secretaria daquela unidade judiciária (fls. 642 dos autos originais) certificado que:

“consta nos autos do processo à página 625, certidão datada de 10 de outubro de 2014, intimando a representante do Ministério Público, para o oferecimento de memoriais. No entanto, a douta Promotora de Justiça titular deste Juízo não foi devidamente intimada, haja vista não consta na referida

certidão a assinatura da referida representante ministerial, e, nem mesmo, data da intimação pessoal.

Como se pode ver, infelizmente, a certidão foi digitalizada nos autos do processo sem a devida intimação pessoal da representante do MP deste Juízo.

Certifico ainda, somente na data de hoje foi providenciada, nesta secretaria, a intimação do órgão ministerial para o oferecimento dos memoriais”.

Desta feita, somente em 21 de janeiro de 2015 o membro do Ministério Público foi regularmente intimado para apresentar os memoriais.

Novamente analisando-se os autos originais, constata-se que, em 26.01.2015, o Ministério público apresentou parecer aos autos requerendo o aditamento da denúncia para incluir o crime de falsa identidade a um corrêu, bem como a devolução do prazo para apresentação dos memoriais. O juízo de piso em 20.03.2015, deferiu o pleito de aditamento da denúncia, bem como o desmembramento do feito em relação ao corrêu, Paulo Lima Farias, determinando a apresentação de memoriais sucessivos no prazo de 05 (cinco) dias.

Como destaca a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de fls. 50/55:

“Ocorre que, analisando os autos do processo nº 0765595-69.2014.8.06.0001, mas precisamente às fls. 672/673, verifico que passados mais de 15 (quinze) dias do despacho supramencionado, a representante do Ministério *a quo* sequer foi intimada pessoalmente para apresentar os memoriais escritos.

Destarte, o excesso de prazo argüido pela defesa deve ser reconhecido, tendo em vista que a demora na conclusão do feito está diretamente ligada à morosidade da 2ª Vara de Delitos de Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza.

Cronologicamente, **não** demonstrou a autoridade impetrada impulso e celeridade no andamento do feito, compatível com o ordenamento legal e constitucional.

[...]”.

Com efeito, resta evidente que não é razoável que o processo se arraste com a instrução encerrada desde 09.10.2014, sem que o Ministério Público tenha apresentado memoriais, constatando-se que até o

presente momento não foi intimado da decisão que concedeu novo prazo para memoriais.

A prisão cautelar é medida excepcional e não pode perdurar por tempo indeterminado, sob pena de afrontar a garantia constitucional prevista no inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Constituição Federal – Art. 5º - A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Nessa mesma vertente, recentemente decidiu o Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. OFENSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO.

1. Os prazos para a finalização dos atos processuais não são peremptórios, podendo ser flexibilizados diante das peculiaridades do caso concreto, em atenção e dentro dos limites da razoabilidade. 2. Evidenciado que o retardo ou a delonga ultrapassaram os limites da razoabilidade e podem ser atribuídos unicamente ao Judiciário, de ser reconhecido o constrangimento ilegal, sanável através da via eleita. (...)”¹

Como é sabido, trata-se de princípio constitucional a razoável duração do processo, devendo sempre receber prioridade a instrução dos processos cujo réu se encontra segregado, com imposição de celeridade para o início e fim da instrução processual, sob pena de ferimento aos postulados da Carta Magna.

Ademais, como cediço, a não observância dos prazos legais, máxime em se tratando de réu preso cautelarmente, ofende o direito

1 HC 275.234/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 03/10/2013.

fundamental de julgamento célere do processo, expressamente previsto no inciso LXXVIII da Constituição Federal, incluído pela EC nº 45 de 2004, que prescreve: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Acerca do assunto, discorre Guilherme de Souza Nucci:

“A prática forense nos evidencia a ocorrência de prisões preventivas que chegam a atingir vários anos, o que não nos soa sensato, ainda que se possa agir em nome da segurança pública. Cabe ao Judiciário adiantar o andamento do feito, sem permitir a ruptura de direitos fundamentais (como a ampla defesa), mas proporcionando a duração razoável da prisão cautelar”.²

Como se sabe para o reconhecimento do excesso de prazo na formação da culpa no processo penal não se funda apenas em cálculos aritméticos, sendo necessária a demonstração do binômio desídia/morosidade do aparato judicial.

In casu, entendo que se encontra caracterizado o extrapolamento do prazo processual para oferecimento dos memoriais pela acusação, bem como que tal demora se deu por culpa da secretaria da 2ª Vara de Delito de Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza, posto que foi certificado em 10.10.2014 que o órgão ministerial oficiante junto aquela unidade judiciária havia sido intimado para apresentar os memórias na ação penal, todavia somente após 03 (três) meses do encerramento da instrução processual a secretaria percebeu que não havia intimado o Ministério Público tendo-o feito em 21.01.2015. Ademais, tendo o Ministério Público pedido o aditamento da denúncia e a renovação do prazo para apresentação dos memoriais, os quais foram deferidos desde 20.03.2015, até a presente data a acusação não foi intimada do novo prazo.

Inequívoco, no caso em tela, o excesso de prazo na formação da culpa do acusado, sendo necessária, portanto, a mitigação da Súmula nº 52, do STJ, senão vejamos:

2 Manual de Processo Penal e Execução Penal; Editora Revista dos Tribunais, 5ª ed., São Paulo, 2008, pag. 104.

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO. DILIGÊNCIAS REQUERIDAS AINDA NÃO FINDAS. DELONGA INJUSTIFICADA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 52 DESTA CORTE. RESPONSABILIDADE DA DEFESA. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXISTÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Transcende ao princípio da razoabilidade a delonga, não ocasionada pela defesa, na prestação jurisdicional, porquanto o paciente não pode permanecer indefinidamente sob a custódia cautelar. 2. Não obstante o requerimento defensivo de perícias, verifica-se que as complicações dele decorrentes são atribuíveis exclusivamente ao Estado, eis que não pode o paciente suportar a ineficiência do Instituto de Criminalística Estadual, seja pela delonga na confecção do laudo, seja pela posterior suposta verificação de irregularidades na feitura da perícia referente ao confronto vocal. 3. A Súmula n.º 52 deste Tribunal não impede o reconhecimento do excesso de prazo nos casos em que a demora fere a proporcionalidade e a razoabilidade do tempo do processo, visto que as previsões sumulares desta Corte não de ceder espaço à previsão garantista da realização do processo em tempo hábil. 4. Ordem concedida a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da Ação Penal n.º 2006.061.010370-3, em trâmite na Vara Criminal Única da Comarca de Teresópolis/RJ, se por outro motivo não estiver preso, mediante o compromisso de comparecer a todos os atos do processo a que for chamado, sob pena de revogação da medida”.³

“EMENTA: AÇÃO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO

3 Processo: HC 114494/RJ – Habeas corpus 2008/0191413-0 - Relator(a): Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (8195) - Relator(a) p/ Acórdão: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131) - Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento: 17/09/2009 - Data da Publicação/Fonte: DJe 16/11/2009 - LEXSTJ vol. 245 p. 294

CRIMINAL. PROCESSO EM FASE DE ALEGAÇÕES FINAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DEMORA INJUSTIFICADA NA APRESENTAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. ABRANDAMENTO DA SÚMULA N. 52 DO STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1. Constitui evidente constrangimento ilegal o excesso de prazo decorrente de ineficiência do aparelho estatal, configurado no caso pela inércia do órgão de acusação em oferecer as razões finais para conclusão da primeira etapa do processo a que responde o recorrente, especialmente quando, transcorridos mais de 2 (dois) anos de sua custódia cautelar e mais de 9 (nove) meses da decisão que deu por finalizada a instrução, ainda não se encerrou a fase de *judicium accusationis*, e mormente quando para a mencionada delonga em nada contribuiu a defesa, impondo-se, assim, o abrandamento do enunciado Sumular n. 52 deste STJ. 2. Recurso parcialmente conhecido e, nesse ponto, provido, para relaxar a prisão do recorrente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso”.⁴

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO. RÉU PRESO HÁ MAIS DE 01 (UM) ANO E 05 (CINCO) MESES. EXCESSO DE PRAZO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DA SÚMULA 52/STJ.

1. Na presente hipótese, as informações constantes nos autos dão conta de que o feito encontra-se na fase de diligências, desde o dia 18 de outubro de 2007. Ocorre que tal situação permanece inalterada até a presente data, sem qualquer justificativa razoável ou incidente relevante atribuível à defesa, capaz de justificar a paralisação. 2. É sabido que, encerrada a fase instrutória, tem aplicação o enunciado da Súmula n.º 52 do Superior Tribunal de Justiça, tal entendimento, porém, deve ser mitigado, visando atender aos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, na medida em que não pode o réu permanecer preso cautelarmente, de forma indefinida, no aguardo

4 STJ, RHC 21.900/PI, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 08/09/2008.

do julgamento do mérito. 3. Assim, resta evidenciado o reclamado constrangimento ilegal, à vista do excesso de prazo no julgamento do Paciente. Ademais, é direito do acusado ser julgado em prazo razoável ou ser posto em liberdade. 4. Ordem concedida para, reconhecendo o excesso de prazo na manutenção da custódia cautelar, determinar a expedição de alvará de soltura em favor do ora Paciente, se por outro motivo não estiver preso, para que possa aguardar o seu julgamento em liberdade”.⁵

Impende salientar que, dada à peculiaridade do caso, no qual foram apreendidas com o paciente e outros 04 corréus, 3900g de maconha, 01 balança digital, celulares, cadernos, 01 motocicleta roubada, um revolver 38 e diversos objetos, provavelmente oriundos do tráfico ilícito de entorpecentes, determino que sejam impostas as medidas cautelares previstas no art. 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal, devendo o acusado manter atualizado o endereço onde possa ser encontrado, a fim de que os atos processuais possam ser realizados sem prejuízo à ação penal.

Tal imposição se justifica porque se do cabimento de uma preventiva é possível transformá-la em medida cautelar, muito mais razão ainda há para manter essa medida cautelar quando sequer chega-se a reconhecer a desnecessidade da prisão preventiva, razão pela qual, no caso concreto, fixo 03 (três) das medidas do art. 319 do CPP apenas para manter um resguardo satisfatório à ordem pública e à aplicação da lei penal.

Diante de todo o exposto, em parcial consonância com o parecer ministerial, CONHEÇO a ordem, para CONCEDÊ-LA parcialmente, devendo ser expedido pelo juízo de 1ª instância, mediante compromisso do réu de cumprir as cautelares impostas (artigo 319, inciso I, IV e V, do CPP), alvará de soltura em favor do acusado, se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.

Fortaleza, 24 de abril de 2015.

5 HC 101.541/PI, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 30/10/2008, DJe 17/11/2008.

PROCESSO: 0628263-63.2014.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTES: NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO
PACIENTE: JOÃO SILVA LIMA NETO
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE COMARCA DE ARACATI
RELATORA: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 306, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DESCABIMENTO. APONTADOS, NA DENÚNCIA, INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 41, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE PROFUNDA INCURSÃO EM ELEMENTOS DE PROVA NA VIA ESTREITA DO *WRIT*.

Ordem conhecida e denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0628263-63.2014.8.06.0000, formulados por Nestor Eduardo Araruna Santiago, em favor do paciente João Silva Lima Neto, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Aracati.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da presente ordem de *habeas corpus*, para denegar-lhe provimento, nos termos do voto da eminente Relatora.

Tratam os autos de *habeas corpus*, com pedido de concessão da ordem em caráter liminar, formulado pelo impetrante Nestor Eduardo

Araruna Santiago, em favor do paciente João Silva Lima Neto, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Aracati.

Depreende-se dos fólios do presente *writ* que o paciente foi preso em flagrante no dia 30/08/2014, tendo sido solto posteriormente, mediante a prestação de fiança, tudo nos autos em que responde pela suposta prática de conduta tipificada nas tenazes do artigo 306, do Código de Trânsito brasileiro.

Alega o impetrante, em síntese, a inexistência de justa causa para o prosseguimento da ação penal, ante a atipicidade da conduta, uma vez que, no momento da abordagem policial, o paciente não estava dirigindo, mas se encontrava ingerindo bebida alcoólica em um bar, não estando, portanto configurado o tipo penal "embriaguez ao volante".

Aduz, outrossim, que resta configurado o cerceamento de defesa, uma vez que recebida a denúncia, sem que se procedesse à prévia oitiva da dona do bar, não obstante requerida esta em petição acostada ao feito originário.

Arremata postulando a concessão da liminar, a fim de que se suspenda o curso do processo originário e, no mérito, a confirmação da ordem, a fim de que seja determinado o trancamento da ação penal por ausência de justa causa.

Anexos à inicial, os documentos de fls. 07/35.

Pleito liminar indeferido em decisão de fls. 39/41.

Judiciosas informações colacionadas às fls. 45/46, as quais vieram instruídas com os documentos de fls. 47/50.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 52/54, com manifestação pelo conhecimento e denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Na presente ação constitucional de *habeas corpus*, como já relatado, busca-se o trancamento da ação penal originária movida contra o paciente, mediante a alegação de ausência de justa causa.

Primeiramente, impende que a inicial delatória obedece aos

requisitos previstos no art. 41, do Código de Processo Penal, estando devidamente lastreada nas provas colhidas em sede inquisitorial, consoante se observa do seguinte excerto (fls. 47/48):

"Emerge dos atos do Inquérito Policial em anexo que o acusado acima qualificado, no dia 30 de agosto de 2014, estava conduzindo veículo automotor com concentração de álcool superior à permitida por lei, ensejando, assim, sua prisão em flagrante.

Consta dos autos que no dia citado, os policiais que se encontravam em serviço na Polícia Rodoviária Estadual (PRE) de Aracati, foram informados pelo 190, sobre um veículo Corola, placa OLN 3800, que estava realizando ultrapassagens forçadas na CE 040. Após, viram o referido automóvel se aproximar do posto da PRE, tendo este, entretanto, feito um retorno proibido ao avistar a composição que estava no local. Diante disso, os policiais saíram em perseguição ao carro do denunciado, e, apesar de tê-lo perdido de vista por alguns minutos, localizou-o estacionado ao lado de um bar, na localidade de Baixio, às margens da rodovia CE-040, e o condutor encontrava-se dentro do estabelecimento sentado em uma mesa.

Outrossim, ao abordar e identificar o denunciado, os policiais foram informados, através do rádio da vt 2011, que o carro do denunciado também se envolvera em um acidente com uma moto, na localidade de Guajiru. Constatou-se ainda que, a lateral do Corola estava avariada. Tendo em vista o ocorrido, o denunciado foi convidado a realizar teste de alcoolemia. E, ao ser submetido ao teste do etilômetro constatou-se que o mesmo conduzia o referido veículo com concentração de álcool a 1,09 mg/l de ar expelido, percentual superior ao permitido na forma regulamentar, conforme pode-se constatar através da leitura do extrato que ilustra os autos (fls. 17).

Ouvido perante a autoridade policial, o denunciado confessou que havia ingerido bebida alcóolica no dia da ocorrência."

Por outro lado, não restou cabalmente demonstrada, a par da documentação anexada aos autos, notadamente do depoimento prestado

pelo condutor (fls. 49/50) e pela testemunha Jonas de Souza Moura (fl. 18), a atipicidade da conduta imputada ao paciente, sendo certo que as elementares do tipo penal restaram devidamente delineadas através da exposição do fato criminoso levada a efeito na inicial acusatória, não cabendo, ademais, revolvimento profundo em matéria fático-probatória, inviável nesse campo de cognição sumária.

Ressalte-se que esta Corte de Justiça já consolidou entendimento acerca do tema, a teor da Súmula nº 07, *in verbis*:

TJ/CE, Súmula nº 07: "Não cabe *habeas corpus* para trancamento de ação penal, sob alegação de falta de justa causa, se a delatária atendeu aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, imputando ao agente fato que, em tese, constitui crime."

Desta forma, evidenciados indícios mínimos de autoria e materialidade delitiva, não cabe a esta Corte se imiscuir em competência do Juízo originário, para analisar com maior detalhamento o próprio mérito da ação penal originária, sob pena de incidir na vedada supressão de instância. Nessa perspectiva, inclusive, preleciona Julio Fabbrini Mirabete (*in* Código penal interpretado. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 1426/1427):

"[...] Somente se justifica a concessão de *habeas corpus* por falta de justa causa para a ação penal quando ela é evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há a imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação (...) Não se pode, todavia, pela via estreita do *mandamus*, trancar ação penal quando seu reconhecimento exigir um exame aprofundado e valorativo da prova dos autos."

Com efeito, através da via estreita dessa ação constitucional, a avaliação mais acurada da prova e dos fatos significaria o prejudgamento de pedido contido numa ação de conhecimento, o que é vedado, já que invadiria, indevidamente, o poder jurisdicional de outro órgão judicante. Dessa maneira, a matéria envolvendo o *meritum causae* deve ser apreciada

pelo Magistrado *a quo* em fase própria, e não pelo tribunal em sede deste *writ*¹.

Convém ressaltar que a jurisprudência é pacífica a esse respeito, conforme evidenciam os seguintes julgados de nossas Cortes Superiores:

HABEAS CORPUS. ROUBOS QUALIFICADOS E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. CONCLUSÃO PELA INOCÊNCIA DO PACIENTE. VIA INADEQUADA. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Se o Tribunal de origem apontou a existência de indícios da participação do paciente na conduta criminosa, não se mostra possível, nesta via estreita do habeas corpus, analisar profundamente as provas produzidas para se concluir pela sua inocência. Tal exame será feito pelo magistrado de primeiro grau por ocasião da sentença, mostrando-se, portanto, prematuro o trancamento da ação penal. 2. O trancamento da ação penal em sede de habeas corpus é medida excepcional, somente se justificando se demonstrada, inequivocamente, a absoluta falta de provas, a atipicidade da conduta ou a existência de causa extintiva da punibilidade, incorrentes da espécie. 3. Habeas corpus denegado.

(STJ - HC: 155840 MG 2009/0237821-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 01/03/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/03/2012).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INTEMPESTIVIDADE. PEDIDO CONHECIDO COMO HC ORIGINÁRIO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ALEGADA FALTA DE JUSTA CAUSA. ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER. REGRAMENTO CONSTITUCIONAL DO HABEAS CORPUS. NULIDADE DA DECISÃO COLEGIADA

1 MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**. 8. ed. Barueri/SP: Manole, 2008, p. 231.

DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. MAGISTRADO QUE SE DECLAROU APTO A VOTAR. SESSÃO DE JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A intempestividade do recurso ordinário em habeas corpus não impede o conhecimento da matéria como pedido originário de salvo conduto. Precedentes: RHCs 67.788 e 81.503, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; 83.491, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa; e 91.442, da minha relatoria. **2. É firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à excepcionalidade do trancamento de ação penal pela via processualmente contida do habeas corpus. A Constituição Federal de 1988, ao cuidar dele, habeas corpus, pelo inciso LXVIII do art. 5º, autoriza o respectivo manejo “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção”. Mas a Constituição não pára por aí e arremata o seu discurso: “por ilegalidade ou abuso de poder”. De outro modo, aliás, não podia ser, pois ilegalidade e abuso de poder não se presumem; ao contrário, a presunção é exatamente inversa. Nessas situações, o indeferimento do habeas corpus não é uma exceção; exceção é o trancamento da ação penal à luz desses elementos interpretativos diretamente hauridos da Carta Magna.** 3. A decisão de recebimento da inicial acusatória não é de ser considerada nula. Isso porque o magistrado votante, embora não houvesse presenciado as sustentações orais, se deu por absolutamente apto para proferir voto. Circunstância que é autorizada pelo próprio Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (§ 2º do art. 130). 4. Não há cerceamento de defesa se o advogado (impetrante) deixa de formular pedido expresso de ciência da data provável de julgamento do habeas corpus para fins de sustentação oral. Precedente: HC 89.339, da relatoria do ministro Cezar Peluso. 5. Recurso ordinário conhecido como habeas corpus originário, porém denegado.

(STF - RHC: 104539 RS , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 26/10/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-033 DIVULG 17-02-2011 PUBLIC 18-02-2011 EMENT VOL-02466-01 PP-00103).

Por fim, saliente-se que a oitiva de testemunha consiste em produção de prova, a ser realizada em fase própria, não se configurando, ao menos em análise sumária, cerceamento de defesa resultante do não acolhimento do pleito de sua oitiva antes ainda de ser deflagrada a ação penal, mormente quando a exordial delatória lastreou-se em indícios mínimos de autoria e materialidade delitiva.

ISSO POSTO, considerando que a denúncia obedeceu aos requisitos previstos no art. 41, do Código de Processo Penal, havendo se lastreado em indícios de autoria e materialidade delitiva, e tendo em vista que não cabe a esta Corte proceder ao exame aprofundado de provas na via estreita do *habeas corpus*, sob pena, inclusive, de invasão de competência pertencente ao Magistrado primevo, CONHEÇO da presente ordem, para DENEGAR-LHE PROVIMENTO, agindo assim em consonância com o parecer ministerial.

É como voto.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2014.

PROCESSO: 0628478-39.2014.8.06.0000 – HABEAS CORPUS

IMPETRANTE: JOSÉ ERIVALDO MUNIZ

PACIENTE: ARISVANDO DO NASCIMENTO LIMA

IMPETRANTE: JUIZ DE DIREITO DA 15ª VARA CRIMINAL

RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSUAL PENAL – FURTO QUALIFICADO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO QUE CONVERTEU A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA E POSSIBILIDADE DE APLICAR MEDIDAS CAUTELARES – IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DOS PLEITOS – FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA – PACIENTE QUE RESPONDE A OUTROS PROCESSOS PELA MESMA PRÁTICA DELITIVA – ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

1. A presença nos autos de prova da materialidade e indícios suficientes da autoria do delito imputado ao paciente apontam para a necessidade da manutenção da custódia cautelar, especialmente, para garantir a ordem pública, nos termos do art. 312 do CPP.

2. Presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, a manutenção da custódia cautelar do paciente é medida que se impõe, mormente tratando-se de delito doloso e em razão do modus operandi que envolveu a empreitada criminosa.

3. As medidas cautelares diversas da prisão preventiva revelam-se inadequadas e insuficientes em face das circunstâncias do caso, da gravidade do delito e da reiteração da conduta criminosa. O paciente responde a cinco (05) outros processos, sendo três (03) deles pela cometimento de furto qualificado, demonstrando propensão à prática de delitos contra o patrimônio.

4. 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, 13 de janeiro de 2015.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de ARISVANDO DO NASCIMENTO LIMA, preso em flagrante pela suposta prática do delito tipificado no art. 155 § 4º, inciso I e IV c/c art. 71, ambos do CPB, apontando como autoridade coatora o juízo de direito da 15ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/CE.

O impetrante pugna pelo relaxamento da prisão do acusado, haja vista a carência de fundamentação idônea na decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, requerendo, ainda, a possibilidade de converter a prisão preventiva em medidas cautelares.

Informações prestadas pela autoridade impetrada às fls. 68/70, justificando a necessidade da manutenção da prisão, dando conta de que trata-se de paciente com propensão à prática de delitos contra o patrimônio e desinteresse na sua ressocialização.

Às fls. 73/76 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.

Cuida-se de impetração de Habeas Corpus liberatório com pedido de liminar contra ato da autoridade citada, que, segundo a inicial, seria gerador de ilegal constrangimento, haja vista a carência de fundamentação idônea na decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, aduzindo ainda a possibilidade de converter a prisão preventiva em medidas cautelares.

Quanto à alegação de carência de fundamentação na decisão que converteu a prisão em flagrante do requerente em prisão preventiva, razão não assiste à impetração. Não obstante os argumentos externados pelo impetrante, não há que se falar em constrangimento ilegal vez que a decisão que manteve a prisão, ao contrário do alegado, está devidamente fundamentada em fatos concretos e não se reveste de qualquer espécie de ilegalidade.

A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente foi devidamente fundamentada, em dados concretos dos autos, fazendo demonstrar que haveria necessidade de resguardo da ordem pública, em face da gravidade do delito, supostamente, perpetrado pelo paciente, bem como o risco de reiteração delitiva.

Ora, pela simples leitura da decisão supracitada, bem como do auto de prisão em flagrante delito, verifica-se que o Juiz Singular fundamentou suficientemente a necessidade da decretação da prisão preventiva do paciente em elementos concretos dos autos, destacando que o mesmo responde a cinco (05) outros processos criminais, sendo três (03) destes pela prática de furto qualificado. Evidenciou, ainda, que a penúltima prisão do paciente, ocorreu em fevereiro do ano pretérito, tendo sido posto em liberdade no início do mês de setembro e voltado a delinquir pouquíssimo tempo depois, eis que preso em flagrante no dia 05/09/2014, demonstrando, claramente, sua propensão à prática criminosa.

Não bastasse, o delito em questão é grave e gera repercussão na comunidade, merecendo, pois, um tratamento diferenciado das autoridades constituídas, como forma de inibir e coibir a sua crescente marcha.

Destarte, a manutenção da prisão preventiva foi adotada, principalmente, como medida de garantia à sociedade. É cediço que devemos conferir um significado concreto ao requisito da garantia à ordem pública, distante de ilações ou presunções de gravidade abstrata de qualquer infração penal.

Por oportuno, como ensina o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, para a garantia da ordem pública deve ser considerada, além da gravidade da infração e repercussão social do delito, a periculosidade do agente. Ainda nas lições do autor, entende-se pela expressão ordem pública, o seguinte:

"a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente". (Código de Processo Penal Comentado - 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007).

E o ilustre jurista Eugênio Pacelli ensina:

“Percebe-se, de imediato, que a prisão para a garantia de ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social.” (PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 548/549)

Assim, da detida análise do processo, observa-se que, o paciente possui extensa ficha delituosa, respondendo pela prática de outros

processos. Ressalte-se, que restou demonstrado que o paciente possui personalidade afeita ao crime, eis que respondendo por outras ações penais, ainda assim voltou a delinquir, razão que justifica a manutenção deste no cárcere.

Com efeito, no caso em tela, as medidas cautelares diversas da prisão não se mostram adequadas e suficientes para a efetividade do processo, mormente por se encontrarem presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, sendo de rigor, portanto, a manutenção da custódia do paciente.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, considerando não haver constrangimento ilegal que macule a prisão do paciente, conhece-se a presente ordem porém para denegá-la.

Fortaleza, 13 de janeiro de 2015.

PROCESSO: 0628495-75.2014.8.06.0000 - HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: FRANCISCO MARCELO BRANDÃO E OUTROS.
PACIENTE: EDICARLOS NUNES DE SOUSA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CRIMINAL DA
COMARCA DE FORTALEZA
RELATORA: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 157, § 3º, C/C O ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. 1. NULIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA, PORQUE NÃO ESGOTADOS TODOS OS MEIOS DE LOCALIZAÇÃO DO PACIENTE. DESCABIMENTO. NÃO COLACIONADA PROVA IDÔNEA A ELIDIR A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DE QUE SE REVESTE A CERTIDÃO EXPEDIDA PELO MEIRINHO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. 2. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312, DO CPP. IMPROCEDÊNCIA. DEMONSTRADA A NECESSIDADE DA CONSTRIÇÃO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. IRRELEVÂNCIA DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES NÃO PRISIONAIS. 3. DIREITO À EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PELA QUAL SE DEFERIU LIBERDADE AO CORRÉU. INOCORRÊNCIA. DISPARIDADE DE SITUAÇÕES FÁTICO-PROCESSUAIS. Ordem conhecida e denegada.

1. Descabida a tese de nulidade da citação editalícia, diante da ausência de prova idônea a elidir a presunção de veracidade de que se reveste a certidão exarada pelo oficial de justiça, que detém fé pública, sendo noticiado, ademais, que todos os expedientes enviados para o endereço constante nos autos restaram infrutíferos, extraindo-se da certidão do meirinho que o próprio genitor do acusado em questão reconheceu que ele estaria em local incerto e não sabido. De outro lado, não restou comprovado qualquer prejuízo ao réu, que constituiu advogado nos autos e teve sua defesa preliminar regularmente apresentada, inclusive com rol testemunhal. Desta forma, incabível a anulação do ato, a teor do princípio *pas de nullité sans grief*, consolidado no art. 563, do Código de Processo Penal.

2. Na decisão pela qual se manteve a prisão preventiva, foi demonstrada a presença dos requisitos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, em especial quanto à necessidade da medida constritiva para a garantia da ordem pública, em face da periculosidade configurada através do comportamento social do paciente, eis que também responde a processo por tráfico de drogas, e das circunstâncias do delito, constando nos autos que ele teria se unido ao corréu, um na posse de faca e outro de arma de fogo e, diante da tentativa frustrada de subtrair valores de um depósito de bebidas, teria chegado a lesionar a vítima com disparos de revólver e golpes de faca. Configurada, outrossim, a imprescindibilidade da constrição para a aplicação da lei penal, uma vez que o referido acusado evadiu-se do distrito

da culpa, o que impossibilitou o cumprimento do mandado prisional contra ele expedido em 31/05/2010, situação que atrai a incidência da Súmula nº 02, do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "*A ameaça concreta e evidenciada de fuga, bem como a efetiva evasão do distrito da culpa, constituem fundamento para o decreto de prisão provisória, com o fim de assegurar a aplicação da lei penal*".

3. Quanto ao alegado fato de que o paciente possui condições pessoais favoráveis, tal circunstância, ainda que eventualmente provada, não autoriza, por si só, a revogação da prisão preventiva ou a substituição desta por outras medidas cautelares, se existem, nos autos, elementos concretos e suficientes a demonstrar a necessidade de continuação da custódia antecipada.

4. Tendo em vista que a decisão pela qual se concedeu a liberdade provisória ao corréu restou fundada no excesso de prazo na formação da culpa, não configurado este com relação ao paciente, que jamais foi preso pelo processo de que ora se cuida, ausente o direito à extensão do benefício, a teor do art. 580 do Código de Processo Penal, dispositivo que se coaduna com o princípio da isonomia material, previsto no art. 5º, "caput", da Constituição Federal de 1988.

5. Ordem conhecida e denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0628495-75.2014.8.06.0000 formulados pelos impetrantes Francisco Marcelo Brandão, Sônia Marina Chacon Brandão, João paulo Brandão Matias, Bruno Chacon Brandão e Amanda Chacon Brandão, em favor de

Edicarlos Nunes de Sousa, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do presente *habeas corpus*, para denegar-lhe provimento, em conformidade com o voto da eminente Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de *Habeas Corpus*, com pedido de concessão da ordem em caráter liminar, impetrada por Francisco Marcelo Brandão, Sônia Marina Chacon Brandão, João Paulo Brandão Matias, Bruno Chacon Brandão e Amanda Chacon Brandão, em favor do paciente Edicarlos Nunes de Sousa, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza.

Consta nos autos que foi ofertada e recebida a denúncia, em 10 de julho de 2009, sendo ao paciente imputada a prática de conduta delitativa tipificada no art. 157, §3º, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal Brasileiro (fls. 17/18).

Preliminarmente, apontam os impetrantes a nulidade da citação editalícia, e, por conseguinte, do decreto prisional e do próprio processo originário a partir do referido ato, asseverando que não teriam sido esgotados todos os meios para a localização da paciente, nem observadas as formalidades legais.

No mérito, sustentam os impetrantes, em síntese, que estão ausentes os requisitos da prisão preventiva, bem assim que são cabíveis, as medidas cautelares não prisionais.

Aduzem, outrossim, que o paciente faz jus à extensão dos efeitos da decisão pela qual se revogou a prisão do corrêu.

Concluem postulando a concessão da ordem liminarmente e, no mérito, a sua confirmação, com o reconhecimento da nulidade suscitada e com a expedição do competente alvará de soltura em favor do paciente, e, subsidiariamente, com a conversão da prisão preventiva em medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Anexos à inicial, os documentos de fls. 17/38.

Pleito liminar indeferido em decisão de fls. 42/45.

Judiciosas informações colacionadas às fls. 49/50.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 52/57, com manifestação pelo conhecimento e denegação da ordem.

É o relatório.

Fortaleza, 20 de janeiro de 2015.

VOTO

Na presente ação constitucional de *habeas corpus*, como já relatado, busca-se a anulação do processo originário e a soltura do paciente, sob as alegações de nulidade da citação editalícia, porque não esgotados todos os meios de localização da paciente; de ausência dos requisitos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal; de possibilidade de substituição da prisão pelas medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP; e de existência de direito à extensão dos efeitos da decisão pela qual se concedeu liberdade ao corréu.

Descabida a tese de nulidade da citação editalícia, diante da ausência de prova idônea a elidir a presunção de veracidade de que se reveste a certidão exarada pelo oficial de justiça, que detém fé pública, sendo certo que, consoante se infere da decisão de fls. 31/34, todos os expedientes enviados para o endereço constante nos autos restaram infrutíferos, extraindo-se da certidão do meirinho que o próprio genitor do acusado em questão reconheceu que ele estaria em local incerto e não sabido.

De outro lado, não restou comprovado qualquer prejuízo ao réu, que, segundo informado pela autoridade impetrada (fls. 49/50), constituiu advogado nos autos e teve sua defesa preliminar regularmente apresentada, inclusive com rol testemunhal. Desta forma, incabível a anulação do ato, a teor do princípio *pas de nullité sans grief*, consolidado no art. 563, do Código de Processo Penal.

Nesse diapasão, os precedentes adiante transcritos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CITAÇÃO POR EDITAL. RÉ NÃO LOCALIZADA NO ENDEREÇO INDICADO. ESGOTAMENTO DOS MEIOS DISPONÍVEIS. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE AFIXAÇÃO DO ATO CITATÓRIO NO ÁTRIO DO FÓRUM. MERA IRREGULARIDADE. PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUGA DO RÉU DO DISTRITO DA CULPA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 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, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."

3. Tem-se por válida a citação editalícia realizada nos autos, diante da informação de que a ré, ora Paciente, encontrava-se em local incerto e não sabido, tendo sido empreendidas as diligências necessárias à sua localização. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

4. A análise da arguição de que não teriam sido esgotados todos os meios de localização da Paciente, na hipótese,

constitui matéria que depende de dilação probatória, imprópria na via estreita do writ. Precedente.

5. Segundo orientação desta Corte, a suposta falta de afixação do edital de citação no átrio do Fórum constitui mera irregularidade, que não conduz à nulidade da instrução criminal, sobretudo quando a própria Defesa reconhece que o ato citatório foi publicado na imprensa oficial, sendo incabível falar em prejuízo manifesto para a Acusada. Precedentes.

6. Segundo a legislação processual penal em vigor, é imprescindível, quando se fala em nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, o qual, como bem observou o Tribunal de origem, não restou evidenciado nos autos.

7. A custódia cautelar encontra-se devidamente fundamentada para a garantia da aplicação da lei penal, na medida em que, com a fuga do ora Paciente do distrito da culpa, transparece nítida sua intenção de se furtar à persecução criminal do Estado. Precedentes desta Corte.

8. Ausência de ilegalidade flagrante apta a ensejar eventual concessão da ordem de ofício.

9. Habeas corpus não conhecido.

(STJ, HC 179.026/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 23/11/2012).

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ESTELIONATO E QUADRILHA. PACIENTE NÃO LOCALIZADO NO ENDEREÇO POR ELE INDICADO. INTIMAÇÃO POR EDITAL. TESE DE FALTA DE ESGOTAMENTO DOS MEIOS DE LOCALIZAÇÃO DO RÉU. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO PELO JUÍZO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DA CONDENAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE FOLHA DE ANTECEDENTES E DE IMPUGNAÇÃO CONCRETA À DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Quando a nulidade da citação editalícia não é arguida perante o Tribunal a quo, tampouco comprova o Impetrante

que não teriam sido esgotados todos os meios de localização do réu, a análise da matéria depende de dilação probatória, imprópria na via estreita do writ.

2. Interposto tempestivamente o recurso de apelação pelo Defensor Público nomeado para patrocinar o Paciente, não há como reconhecer prejuízo à Defesa, o que inviabiliza a declaração de nulidade, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

3. Não comporta conhecimento pedido subsidiário de redução de pena, desacompanhado da documentação pertinente e de qualquer arguição concreta de constrangimento ilegal na individualização da reprimenda. Afinal, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado em sede de habeas corpus o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, porquanto requer a análise de matéria fático-probatória.

4. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(STJ, HC 177.385/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 06/03/2013).

Quanto aos requisitos da prisão preventiva, vislumbra-se que foram amplamente preenchidos na decisão vergastada, restando, portanto, respeitado o disposto no 312, do Código de Processo Penal.

No que se diz respeito ao *fumus commissi delicti*, enquanto provável ocorrência de um delito e pressuposto de toda medida cautelar coercitiva no processo penal, a autoridade dita coatora apontou a existência de indícios de autoria e a prova de materialidade delitivas, com fundamento nos documentos do inquérito policial.

Acerca do *periculum libertatis*, verifico que a autoridade impetrada evidenciou a necessidade da medida constritiva para a garantia da ordem pública, em face da periculosidade configurada através do comportamento social do paciente, eis que também responde a processo por tráfico de drogas, e das circunstâncias do delito, constando nos autos que ele teria se unido ao corréu, um na posse de faca e outro de arma de fogo e, diante da tentativa frustrada de subtrair valores de um depósito de bebidas, teria chegado a lesionar a vítima com disparos de revólver e golpes de faca.

De outro lado, restou bem demonstrada a imprescindibilidade da constrição para a aplicação da lei penal, uma vez que o referido acusado evadiu-se do distrito da culpa, o que impossibilitou o cumprimento do mandado prisional contra ele expedido em 31/05/2010, não tendo permanecido preso "*um único dia por este processo*", tal qual atestado à fl. 50.

Transcrevo, a propósito, trechos do da decisão pela qual se manteve a custódia preventiva (fls. 31/34):

"[...] Edicarlos Nunes de Souza, após citado por Edital, também respondeu à acusação (fls. 148), através de advogado constituído, o que permitiu a ratificação do recebimento da denúncia às fls. 150, com a consequente designação de data para início da fase instrutória.

Posteriormente, no decorrer da instrução processual, aporta aos autos renúncia de mandato do patrono de Edicarlos (fls. 239), e, às fls. 242/249, o novo causídico constituído requer o reconhecimento da nulidade da citação de seu cliente, bem como a revogação da prisão preventiva decretada em seu desfavor, pois, no seu entendimento, este, desde o início do processo, poderia ser encontrado no mesmo endereço, não tendo sido observados os preceitos legais que amparam a citação editalícia e nem presentes os requisitos do art. 312, o que autorizaria a substituição da custódia pelo cumprimento de medidas cautelares e porque o reconhecimento da nulidade pleiteada tornaria nulos os atos posteriormente praticados, a exemplo do decreto de prisão. [...]"

Analisando a vida pregressa do requerente, percebe-se que este é tecnicamente primário, o que não é capaz de afastar a mácula de sua dedicação às transgressões legais, haja vista a existência de outro procedimento criminal no qual lhe foi atribuída a prática de tráfico de drogas, por fato praticado no mês seguinte aos acontecimentos do presente caderno processual, cujo inquérito foi iniciado por portaria.

A natureza do delito em tela, permeado pela violência e grave ameaças comuns ao tipo, também constitui elemento apto a fundamentar a segregação do requerente que se uniu ao corrêu, um na posse de faca e outro de arma de fogo e, diante da tentativa frustrada de subtrair valores

de um depósito de bebidas, terminaram **lesionando a vítima Haroldo Ferreira Rodrigues com disparos de revólver e golpes de faca.**

Estas circunstâncias acima relatadas, somadas à configuração dos pressupostos de admissibilidade da custódia, presentes nos depoimentos colhidos no procedimento administrativo policial (por serem suficientes os indícios de materialidade e autoria do delito - os acusados foram reconhecidos pelas vítimas) e à presença dos requisitos do art. 312, constituem elementos indiciários concretos e aptos a embasar a manutenção do cárcere do réu.

No caso, evidenciadas estão a necessidade de resguardar a ordem pública, de preservar o bom andamento da instrução criminal e garantir a aplicação da lei penal, por serem grandes as chances de reiteração delitiva, caso o réu seja posto em liberdade, dada sua inclinação ao crime, indicada linhas acima, e em virtude do feito já estar na etapa de instrução, prejudicada pela dificuldade de localizar Edicarlos a fim de que participe dos atos realizados, já que este, por diversas vezes, não foi encontrado no endereço existente, o que revela que não está disposto a colaborar com a Justiça e o bom andamento do feito. [...]

Importante ressaltar que o mencionado réu, quando do decreto preventivo, em 31 de maio de 2010, estava solto desde 05 de dezembro de 2008, conforme o ofício de nº 151, não tendo voltado a ser preso desde então, por não constar nos autos informação pertinente ao cumprimento do mandado de fls. 96, tanto que em 02 de setembro de 2014, foi expedido mandado de intimação para a residência do mesmo.

O fato do comparsa do requerente ter sido beneficiado pela via do habeas corpus também não dá a este o direito de extensão do benefício, por ter solto em razão do excesso de prazo, enquanto o ora postulante nunca chegou a ser preso, vides fls. 121/122 e 199. [...].

Não houve qualquer prejuízo à defesa do requerente que, citado pela via editalícia, constituiu advogado no autos e teve sua defesa preliminar regularmente apresentada, inclusive com rol testemunhal, sem que tenha sido mencionada, na primeira oportunidade em que lhe coube falar nos autos, qualquer impugnação à citação editalícia, até porque esta cumpriu sua finalidade de deixá-lo ciente da acusação que lhe foi atribuída.

Ademais, nos exatos termos do art. 570 do Código de Ritos Penais, até a nulidade da citação é sanável com a presença do réu e se, a exemplo da hipótese dos autos, em que este não apenas teve sua defesa apresentada por representante legal constituído, como também não alegou qualquer cerceamento à mesma em decorrência da sua citação pela via editalícia, não se detecta qualquer prejuízo ao direito da parte e, assim não há que se falar em nulidade.

Muito embora a defesa alegue que o réu sempre estivesse acessível no endereço constante na peça delatória, qual seja Rua Vicente de Castro, nº 385, Bairro Vicente Pizon, nesta Capital, todos os expedientes constantes nos fôlios expedidos para esta localidade restaram infrutíferos, inclusive às fls. 225, extrai-se da certidão do meirinho que o próprio genitor do requerente reconhece que o réu estaria em local incerto e não sabido." (*sic*).

Claro, portanto, que a necessidade da medida constritiva encontra-se demonstrada concretamente, justificando a manutenção da medida constritiva a fim de assegurar a paz social, bem assim a própria aplicação da lei penal, estando em consonância com o entendimento consolidado na Súmula nº 02, desta Corte de Justiça:

TJ/CE, Súmula nº 02: "A ameaça concreta e evidenciada de fuga, bem como a efetiva evasão do distrito da culpa, constituem fundamento para o decreto de prisão provisória, com o fim de assegurar a aplicação da lei penal".

Nessa senda, é preciso sublinhar que a existência de condições subjetivas favoráveis, ainda que eventualmente provada, não é, por si só, bastante para a concessão da liberdade provisória, com ou sem a imposição de qualquer medida cautelar prevista no art. 319 do Código de Processo Penal, se existem, nos autos, elementos concretos e suficientes a evidenciar a necessidade de continuação da custódia antecipada.

A propósito, colaciono os seguintes precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA.
REQUISITOS. PREENCHIMENTO. GARANTIA DA
ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE.

POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

- A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), as exigências do art. 312 do CPP. Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

- Na hipótese dos autos, a decretação da segregação cautelar está devidamente fundamentada, tendo o Tribunal de Origem destacado que o recorrente oferece risco à coletividade, tendo em vista que as circunstâncias do crime são graves, o que demonstra a periculosidade do paciente e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir.

- O Superior Tribunal de Justiça entende que condições pessoais favoráveis, como bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade, quando a necessidade da prisão é recomendada por outros elementos, como ocorre in casu.

Recurso a que se nega provimento.

(STJ, RHC 33.129/PA, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 26/04/2013)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA O CÁRCERE. NÃO-OCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO ACUSADO. MODUS OPERANDI. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A imposição da custódia preventiva encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a especial gravidade da conduta, evidenciada pelo modus operandi do delito. Precedentes.

2. No caso, conforme ressaltado pelas instâncias ordinárias, diante da demora da vítima para retirar sua filha de apenas 2 anos da cadeirinha no banco de trás do automóvel subtraído, o Recorrente encostou arma de fogo na cabeça da criança e acionou o gatilho, tendo o revólver falhado. Assim, a conduta do Recorrente no caso demonstra a sua periculosidade concreta, a justificar a medida constritiva.

3. O Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que "o modus operandi, os motivos, a repercussão social, dentre outras circunstâncias, em crime grave (na espécie, inclusive, hediondo), são indicativos, como garantia da ordem pública, da necessidade de segregação cautelar, dada a afronta a regras elementares de bom convívio social."(RHC 15.016/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ de 09/02/2004.)

4. Recurso desprovido.

(STJ, RHC 41.748/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/11/2013).

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E LATROCÍNIO TENTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA DELITIVA. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE DO AGENTE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR INIMPUTÁVEL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Para a decretação da prisão preventiva, não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta, que, pelo cotejo dos elementos que instruem o mandamus, se fazem presentes.

2. A análise acerca da negativa de autoria veiculada na inicial é questão que não pode ser dirimida na via sumária do habeas corpus, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal.

3. Não há falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta dos

delitos em tese praticados e da periculosidade do agente, bem demonstradas pelo modus operandi empregado.

CUSTÓDIA CAUTELAR. INCIDÊNCIA DA LEI N. 12.403/2011. IMPOSSIBILIDADE. REPROVABILIDADE EXACERBADA DO DELITO. ORDEM DENEGADA.

1. Inviável a aplicação de medida cautelar diversa da prisão quando há motivação que justifique a medida excepcional, a exemplo da gravidade concreta do delito, o que torna de rigor sua prisão.

2. Ordem denegada.

(STJ, HC 236.386/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012).

No que tange à alegação de que o paciente faria jus à extensão do benefício libertário concedido ao corrêu, verifico que, conforme disposto no art. 580 do Código Processual Penal, "*a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros*" (grifo nosso).

Logo, tendo em vista que a decisão pela qual se concedeu a liberdade provisória ao corrêu restou fundada no excesso de prazo na formação da culpa, não configurado este com relação ao paciente, que jamais foi preso pelo processo de que ora se cuida, ausente o direito à extensão do benefício, a teor do já mencionado art. 580 do Código de Processo Penal, dispositivo que se coaduna com o princípio da isonomia material, previsto no art. 5º, "caput", da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, é sólido o entendimento jurisprudencial:

HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO OCORRÊNCIA. RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE SITUAÇÕES COM OS CORRÉUS SOLTOS. ORDEM DENEGADA.

1. Conforme entendimento pacífico desta Corte Superior, a eventual ilegalidade da prisão preventiva por excesso de prazo para conclusão da instrução criminal deve ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, sendo permitido ao juízo, em hipóteses de excepcional

complexidade, a extrapolação dos prazos previstos na lei processual penal.

2. Na espécie, trata-se de feito complexo, com pluralidade de réus e que, mesmo assim, vem tramitando de forma regular, não havendo qualquer desídia do aparelho estatal.

3. Inexistindo identidade de situações, nos moldes estabelecidos pelo art. 580 do Código de Processo Penal, impossível falar em extensão dos efeitos das ordens concedidas em favor dos corréus.

4. Habeas corpus denegado.

(HC 180.943/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 28/06/2012)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDAMENTADA. EXTENSÃO DE BENEFÍCIO CONCEDIDO A CORRÉUS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE DE SITUAÇÕES. EXCESSO DE PRAZO NÃO CARACTERIZADO. COMPLEXIDADE DA CAUSA. ORDEM DENEGADA.

1. A participação relevante do paciente em grupo criminoso organizado envolvido no tráfico internacional de drogas, com aquisição de cocaína da Bolívia e sua posterior revenda no Brasil, é suficiente para caracterizar risco de reiteração delitiva e à ordem pública. 2. Se as circunstâncias concretas da prática do crime indicam o envolvimento profundo do agente com o tráfico de drogas e, por conseguinte, a periculosidade e o risco de reiteração delitiva, está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria. 3. O efeito disruptivo e desagregador do tráfico de drogas, este associado a um mundo de violência, desespero e morte para as suas vítimas e para as comunidades afetadas, justifica tratamento jurídico mais rigoroso em relação aos agentes por eles responsáveis e que deve refletir na análise dos casos concretos. 4. Não há arbitrariedade na manutenção da prisão do paciente mesmo com outros acusados soltos, pois diversas as responsabilidades criminais e as situações individuais, não sendo aplicável

o disposto no art. 580 do Código de Processo Penal se não há similaridade das condições pessoais. 5. A razoável duração do processo não pode ser considerada de maneira isolada e descontextualizada das peculiaridades do caso concreto. Elementos constantes dos autos indicativos da complexidade do feito: existência de organização criminosa bem estruturada, com atuação no tráfico internacional de drogas entre Bolívia e Brasil, e com ramificações para várias unidades federativas; trinta acusados, alguns presos em Estados diversos daquele do Juízo; acusados com advogados distintos; necessidade de expedição de várias cartas precatórias – fatores que justificam a demora no encerramento da instrução criminal. Excesso de prazo não caracterizado. 7. Habeas corpus denegado.

(STF, HC 108514, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 20-06-2012 PUBLIC 21-06-2012)

ISSO POSTO, considerando que não colacionado elemento de prova idôneo a elidir a presunção de veracidade de que se reveste o ato do oficial de justiça, e tendo em vista que a suposta irregularidade do ato citatório não gerou prejuízos ao paciente, sendo, pois, descabida a declaração de nulidade, a teor da prescrição normativa inserta no art. 563, do CPP; ponderando que a decisão pela qual se manteve a custódia preventiva encontra-se bem fundamentada, havendo demonstrado a necessidade da constrição para a garantia da ordem pública e para a aplicação da lei penal, descabida, nessa perspectiva, a sua substituição por outras medidas cautelares ainda que presentes condições pessoais favoráveis; e diante da ausência de direito à extensão do benefício libertário concedido ao corréu, porquanto divergentes as situações fático-processuais; CONHEÇO da presente ordem de *habeas corpus*, para DENEGAR-LHE PROVIMENTO, o que faço em consonância com o parecer ministerial.

É como voto.

Fortaleza, 20 de janeiro de 2015.

PROCESSO: 0000991-80.2013.8.06.0000 - HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: DANIEL BRUNO FERREIRA ROLIM (OAB/CE 26.335)
PACIENTE: ANTONIO GONÇALO DA COSTA NETO
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA
DE CARIRIAÇU
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NEGATIVA AO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PACIENTE QUE RESPONDEU EM LIBERDADE OS TERMOS PROCESSUAIS. IRRELEVÂNCIA. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE QUE SOLTO VOLTE A DELINQUIR. GRAVIDADE DA CONDUTA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. ORDEM DENEGADA.

01 – A prisão processual, tida como aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da ação, somente é admitida quando calcada em elementos concretos constante dos autos, que demonstrem a sua real necessidade, enquadrando-a em pelo menos um dos pressupostos previstos no art. 312 do CPP.

02 - O fato de o paciente ter respondido em liberdade os termos da ação penal movida em seu desfavor, não lhe garante o direito de recorrer em liberdade se a prisão se justifica no resguardo à ordem pública, diante da evidenciada periculosidade social do sentenciado.

03 – No caso dos autos, o Juiz de primeiro grau, ao negar ao réu o direito de apelar em liberdade, decretando sua prisão preventiva, firmou seu posicionamento em elementos idôneos, abstraídos dos autos, notadamente em razão da concreta possibilidade de que solto volte ele a delinquir, considerando o fato de pesar sobre ele condenação definitiva pela prática de idêntico crime de tráfico de drogas, aliado à circunstância de que, as provas constantes dos autos indicaram que o paciente adotou o tráfico de entorpecentes como meio de vida.

04 - *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em denegar a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 06 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Daniel Bruno Ferreira Rolim, em favor do paciente ANTÔNIO GONÇALO DA COSTA NETO, figurando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Caririçu.

Nos termos da impetração, o paciente foi processado e condenado pela prática dos delitos tipificados nos artigos 33 e 35, da Lei nº 11.343/06, à pena de 18 (dezoito) anos e 8 (oito) meses e 17 (dezesete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, sendo-lhe vedado o direito de apelar em liberdade, mesmo levando-se em consideração o fato de ter ele respondido todo o processo em liberdade.

Sustenta o impetrante, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que inexistente fundamentação idônea para que lhe seja negado o direito de aguardar, em liberdade, o processamento do recurso e o trânsito em julgado do processo.

Pugna-se, em liminar, e no mérito, pela revogação da prisão do paciente, garantindo-lhe o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação.

O pedido liminar restou indeferido (fl. 84).

Informações da autoridade impetrada às fls. 88/89.

Em parecer das fls. 119/123, opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação do *writ*.

É o relatório.

VOTO

Da análise dos autos, colhe-se que o paciente foi condenado à pena corporal de 18 (dezoito) anos e 8 (oito) meses e 17 (dezessete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos tipificados nos artigos 33 e 35, da Lei nº 11.343/06, sendo-lhe vedado o direito de apelar em liberdade, mesmo levando-se em consideração o fato de ter ele respondido todo o processo em liberdade.

A sentença proferida pelo Juiz da Comarca de Caririáçu, na parte que interessa, amparou-se nos seguintes fundamentos para negar ao paciente o direito de recorrer em liberdade, *litteris*:

“Nego ao condenado o direito de recorrer em liberdade e determino sua prisão preventiva, com fundamento na garantia da ordem pública, primeiro porque os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico são de elevada danosidade social; segundo porque, se a associação visa à prática reiterada do comércio de drogas, o reconhecimento de sua existência é inseparável da conclusão e o condenado tende a cometer novos crimes enquanto estiver livremente em contato com a rede de tráfico; e terceiro porque a reincidência criminosa no crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e a presente condenação também pelo art. 35, somadas a ausência de comprovação de ocupação lícita,

indicam que o réu pratica tais crimes como meio de vida, circunstâncias que recomendam urgência no recolhimento no cárcere.” (fl. 114)

Conforme se abstrai da r. sentença condenatória, o Juiz de primeiro grau, ao negar ao réu o direito de apelar em liberdade, decretando sua prisão preventiva, firmou seu posicionamento em elementos idôneos, abstraídos dos autos, notadamente em razão da concreta possibilidade de solto volte ele a delinquir, considerando o fato de pesar sobre ele condenação definitiva pela prática de idêntico crime de tráfico de drogas, aliado à circunstância de que, as provas constantes dos autos indicaram que o paciente adotou o tráfico de entorpecentes como meio de vida, tanto que não comprovou de forma satisfatória que retira seus sustento de ocupação lícita.

Como cediço, a prisão processual, tida como aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da ação, somente é admitida quando calcada em elementos concretos constante dos autos, que demonstrem a sua real necessidade, enquadrando-se nos pressupostos previstos no art. 312 do CPP.

Vê-se, assim, que a condenação proferida pelo juízo singular, no ponto ora enfrentado, aponta concretamente hipóteses fáticas que se amoldam perfeitamente aos ditames constantes do art. 312 do Código de Processo Penal, recomendando o encarceramento cautelar.

Ante o exposto, tenho como suficientes as razões expostas na r. sentença de primeiro grau para negar ao paciente o direito de apelar em liberdade, razão pela qual, em consonância com o parecer da douta PGJ, denego a ordem.

É como voto.

Fortaleza, CE, 06 de maio de 2013.

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Ação declaratória de rescisão contratual c/c reparação de danos – decisão judicial em ação distinta, com partes diversas, que acarretou a quebra do contrato locatício – caso fortuito/motivo de força maior – caracterização – excludente de responsabilidade da apelante – inteligência do art. 393, do CC.....217.

Acidente automobilístico –nexo de causalidade entre a conduta do agente, motorista do município, e o resultado danoso, morte da vítima – responsabilidade objetiva do Estado – teoria do risco administrativo – art. 37, § 6º, CF/88 – culpa concorrente – dano por ricochete em favor da genitora da vítima – pensionamento170/172.

Acidente de trânsito – bueiro aberto em via pública – responsabilidade objetiva do ente público – demonstração dos danos materiais – danos morais e estéticos – cumulatividade – Súmula nº 387/STJ.....152/153.

Acidente de trânsito – responsabilidade subjetiva – arts. 186 e 927, Parágrafo Único, do CPC – ausência de comprovação do elemento subjetivo, culpa do motorista – ônus probante do autor da ação, motociclista – indenização indevida.....184/185.

Anticoncepcional – utilização – gravidez indesejada – direito do consumidor – dever de informação – reparação de danos – possibilidade – informação constante da bula do medicamento – inexistência de defeito de informação – não comprovação do nexo de causalidade274.

Cartório de notas – responsabilidade civil – legitimidade passiva verificada – escritura pública lavrada sem a devida verificação da identidade das partes contratantes – nulidade verificada – dano comprovado – dano material e moral devidos.....227/229.

Coelce – fraude no medidor – fiscalização realizada sem observância do contraditório – cobrança indevida de multa e débito acumulado – não comprovação que a irregularidade verificada no medidor seja de autoria da parte consumidora.....34/36.

Concurso de beleza – divulgação de fotos – exibição desautorizada – culpa dos demandados afastada – inexistência de cunho ofensivo ou difamatório no texto que acompanhou a publicação – ausência de danos morais – não configuração dos elementos ensejadores da responsabilidade civil subjetiva.....192/194.

Concurso público – ação cautelar preparatória de ação civil pública – pedido de suspensão do certame e do contrato celebrado com a instituição executora do concurso – fundamento – nulidade do procedimento de dispensa de licitação – procedência do pedido inicial – desprovimento do apelo.....99.

Concurso vestibular - Universidade Estadual do Ceará – isenção de taxa – ensino público gratuito – garantia constitucional – universidade oficial – atividade fim da instituição – vedação de cobrança – previsão constitucional.....61.

Conselho de classe – CREA-Ce – representação contra filiado – elaboração de trabalho topográfico – dano moral – inexistência – exercício regular de direito – ausência de ato ilícito – inteligência do art. 333, I, do CPC.....132/134.

Contrato de locação imobiliária – pedido de reparação de danos e de reversão da caução em dinheiro – procedência parcial – condenação da ré a restituir o valor dado em garantia.....223.

DETRAN-Ce – infração administrativa por dirigir sob influência de álcool – apuração do estado de embriaguez – recusa a realização - nulidade do auto de infração.....265/267.

Direito ao ensino fundamental – menor de seis anos – negativa de matrícula em virtude de não possuir idade para cursar a série desejada - idade a ser atingida no curso do ano letivo – atentado ao princípio da razoabilidade – prevalência do direito constitucional à educação.....23/24.

Ente público – responsabilidade civil – danos materiais, morais e estéticos – não evidenciados – inteligência do art. 333, I, do CPC – exercício regular de direito – conduta legal adotada pelos agentes municipais 15.

Execução de título extrajudicial – duplicata sem aceite, protestada e com prova de entrega da mercadoria ou da prestação do serviço – documento apto à execução – embargos à execução – sentença pela procedência do pedido de nulidade da execução – apelação - provimento – validade da execução quanto às duplicatas protestadas 54.

Execução fiscal – ajuizamento em face de quem não era devedor – cadastro imobiliário em duplicidade – responsabilidade objetiva do município – dano moral existente71/72.

ICMS – energia elétrica – redução de alíquota – princípio da seletividade – essencialidade da mercadoria ou do serviço – pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade da exação no percentual de 27% para reduzir a 17% - impetração contra Lei em tese – impossibilidade – Súmula 266, do STF – atuação do judiciário como legislador positivo – inviabilidade.....122/123.

Infância e juventude – destituição do poder familiar c/c adoção – mitigação da necessidade de prévia inscrição no cadastro de adotantes – vínculo afetivo evidente entre o menor e os adotantes – aplicação do princípio do melhor interesse da criança – doutrina da proteção integral, consagrada pelo art. 227, da Constituição76/78.

Obrigação de fazer – citação – pessoa jurídica – procuradora – validade – aplicação da teoria da aparência – revelia – preliminar rejeitada – discussão de matéria fática – impossibilidade – preclusão 111/112.

PoliciaI militar – ingresso na corporação em decorrência de medida liminar – posterior cassação – verbas salariais e gratificação natalina devidas no período efetivamente trabalhado – natureza contraprestacional da verba – vedação ao enriquecimento ilícito89/90.

Posse – imissão – atos de mera permissão – constituição de usucapião – inadmissibilidade – recusa à devolução do bem – posse precária .208/209.

Previdência privada – pagamento de pensão alimentícia – desconto incidente na complementação de aposentadoria – morte do devedor de alimentos – extensão da obrigação aos beneficiários da pensão por morte – impossibilidade – nova situação jurídica – inoCorrência de previsão para pagamento de benefício a ex-cônjuge.....162/163.

Servidor público – acumulação de cargos – possibilidade – art. 37, XVI, da CF – cargo de professor com outro técnico científico – auxiliar judiciário – natureza técnica comprovada – compatibilidade de horários – nova denominação do cargo – técnico judiciário – permanência da natureza técnica296/297.

Servidor público – exoneração – processo administrativo – portaria – reintegração – reapreciação desmotivada dos eventos – nulidade – inobservância dos princípios da ampla defesa e do contraditório – Súmulas nºs. 20 e 21 do STF – controle do Poder Judiciário – regularidade144/145.

Servidor público – teto remuneratório – vantagens pessoais ou de qualquer natureza – inclusão no cômputo após Emendas Constitucionais nºs. 19/1998 e 41/2003 – inteligência do art. 37, XI, da Const. Federal – precedentes do STF e STJ – irredutibilidade vencimental – não incidência309/310.

Shopping Center – responsabilidade civil – CDC – consumidor acusado de prática de furto por prepostos de loja – causa excludente de nexo de causalidade evidenciada – culpa exclusiva de terceiros – inteligência do art. 14, § 3º, II, do CDC279/281.

TCM – tomada de contas especial – contas de gestão – competência exclusiva do Parlamento Municipal para julgar contas do Chefe do Executivo – arts. 71, I, caput e 31, §§ 1º e 2º, da CRFB/88 – ação anulatória concedida239/241.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação revisional – contrato de financiamento imobiliário – foro – relativização – empresa em recuperação judicial – crise econômico-financeira – hipossuficiência – fixação da competência do foro do domicílio da empresa recuperanda, onde tramita seu processo de recuperação judicial – prevenção de outra comarca, onde a agravada foi citada em execução de um dos contratos de revisão – indiferença – caso de continência – ação revisional continente em relação à contida execução embargada – atração da causa contida ao juízo processante da continente362/368.

Alienação fiduciária – busca e apreensão – venda do veículo – inserção de cláusula no recibo – alegativa de fraude – inexistência de autorização expressa do agente financeiro – venda a non domino – suspensão da ordem de busca e apreensão – dever de prestação de caução pela agravada..... 334/335.

Busca e apreensão – bem não encontrado – decisão que indefere elaboração de ofícios aos órgãos de fiscalização – inexistência de desvio de função – procedimento regular de fiscalização – providência inserida no poder geral de cautela – efetividade do mandato de reintegração de posse.....399/400.

CDC – bloqueio de valores como objetivo de assegurar o exercício do direito de restituição – art. 18, § 1º, II, do CDC – quantia que poderia inviabilizar a atividade empresarial da agravante – perigo da demora inverso – reconhecimento na espécie.....341/343.

Desapropriação – imissão provisória na posse – construção de polo industrial – teoria dos motivos determinantes – art. 13, Decreto-lei nº 3.365/41 –

carência do projeto de implantação – necessidade de aprovação prévia pelo poder público – documento indispensável ao pedido inicial expropriatório – art. 283, CPC – nulidade – imissão na posse cassada.....417/419.

Direito de família – guarda provisória unilateral – melhor interesse das crianças – manutenção – garantia do direito de visitas ao genitor – necessidade de manutenção e fortalecimento do vínculo do pai com os filhos – ampliação da visitação – procedência.....405/406.

Facebook – provedor de conteúdo – usuários – individualizar e identificar o autor que divulgou conteúdo ofensivo – atingimento da personalidade dos agravados – guarda dos dados – obrigação de informar – demonstração de impossibilidade de prestar informação requerida352/354.

Lei Municipal nº 10.184/2014, disciplinadora da cobrança de tarifa fracionada de estacionamento – decisão interlocutória do juízo da Fazenda Pública deferindo liminar suspensiva dos efeitos do art. 1º, parágrafos segundo , terceiro e quarto, nos autos da ação declaratória com pedido incidental de inconstitucionalidade de Lei promovida pelo SINDEPARK/Ce – preenchimento dos requisitos ensejadores da tutela recursal – restauração da eficácia dos parágrafos suspensos.....325/333.

Precatório – IPM – requisição de pequeno valor (RPV) – fixação – 30 salários-mínimos – portaria nº 684/2012, TJCe – art. 87 do ADCT – expedição individual do precatório – resolução 10/2011 do Órgão Especial do TJCe393/394.

AÇÃO RESCISÓRIA

Servidores públicos municipais – Decreto Municipal nº 7.153/88 – isonomia de vencimentos com servidores beneficiados por decisão judicial – impossibilidade – limites objetivos e subjetivos da coisa julgada – Súmula nº 339, do STF – ausência de lei específica – art. 37, X, da CF/88.....433/434.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Atentado violento ao pudor - preliminares de nulidade, rejeição – prejuízo não demonstrado – defesa técnica idônea – deficiência não verificada – materialidade e autoria comprovadas – palavra da vítima – relevante valor probante – coerência com as demais provas.....517/518.

Dispensa de licitação – inobservância das hipóteses legais – art. 89, da Lei nº 8.666/93 – pedido de absolvição por ausência de provas – impossibilidade – materialidade e autoria comprovadas pelos depoimentos testemunhais e documentais – crime de mera conduta – desnecessidade de comprovação de prejuízo à administração pública.....466/467.

Estelionato – sentença absolutória – dolo do réu não evidenciado – emissão de cheques pré-datados como garantia de dívida - desnaturação do título de crédito – não caracterização de delito penal – mero ilícito civil.....528.

Estupro de vulnerável – vítima de 13 anos de idade – crime cometido pelo padrasto - depoimento da vítima e demais testemunhas firmes e coerentes – negativa de autoria e insuficiência probatória – incoerência – absolvição impossível – inexistência de vestígios – irrelevância490/491.

Falsidade ideológica – art. 299, caput, do Código Penal – pedido de absolvição por crime impossível em virtude de absoluta ineficácia dos meios de execução – falsificação grosseira – insubsistência – crime formal – conjunto probatório harmônico.....511/512.

Falsificação de documento público e uso de documento falso – materialidade e autorias comprovadas – dosimetria – fundamentação inidônea para exasperação da reprimenda acima do mínimo legal – redução – prescrição superveniente reconhecida de ofício – punibilidade extinta472/473.

Homicídio qualificado – sentença de pronúncia – recurso em sentido estrito – cabimento – art. 581, IV, do CPP – interposição de apelação – recurso inadequado – má-fé processual – ilegitimidade recursal – inteligência do art. 579, do CPP – não conhecimento do recurso494.

Incidente de restituição de coisa apreendida – processo de receptação tramitando na origem – não comprovação da propriedade – bens que ainda interessam ao processo – requisitos previstos nos arts. 118 e 120, do CPP.....479/480.

Lei de licitações – crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais – art. 89, da Lei nº 8.666/93 – dolo específico de causar dano à administração pública e efetivo dano ao erário – não comprovação – atipicidade material da conduta457.

Lesão corporal grave – materialidade e autoria comprovadas com base em prova oral e pericial – legítima defesa putativa – não configuração.....507.

Roubo – preliminar de nulidade da sentença – erro material – negativa de autoria – condenação baseada em depoimento colhido na fase inquisitorial não ratificado em juízo – existência de outros elementos válidos a fundamentar condenação462.

Roubo circunstanciado – uso de arma – receptação e porte ilegal de arma de fogo em concurso material – atenuante genérica da confissão – não incidência – aplicação do princípio da consunção – possibilidade501/502.

Roubo majorado – recurso pugnando por absolvição – alegação de ausência de provas contundentes para condenação, evocando o princípio do in dubio pro reo – pedido alternativo de desclassificação do delito para furto – violência e grave ameaça demonstradas – impossibilidade de acolhimento dos pedidos – autoria e materialidade comprovadas.....449/450.

Roubo qualificado – tese defensiva de roubo simples – impossibilidade – declaração da vítima e das testemunhas da utilização de um gargalo de garrafa para execução delitiva – instrumento capaz de ofender a

integridade física – grave ameaça configurada – ausência de laudo pericial – prescindibilidade484/485.

HABEAS CORPUS

CTN – condução de veículo automotor sob o efeito de álcool ou outra substância psicoativa – trancamento da ação por ausência de justa causa – descabimento – denúncia que aponta indícios de autoria e materialidade delitiva – preenchimento dos requisitos do art. 41, do CPP – impossibilidade de profunda incursão em elemento de prova mediante o habeas corpus ...560.

Execução penal – paciente beneficiado com progressão de regime para o aberto – cometimento de falta grave – prática de outro crime – regressão de regime para fechado – art. 118, I, da LEP – não observação da forma progressiva na Lei de Execuções Penais.....535.

Favorecimento da prostituição de adolescente e corrupção ativa – art. 218-B, § 2º, II, c/c art. 333, do CPB – falta de fundamentação na prisão preventiva – conversão em medidas cautelares e condições subjetivas favoráveis – pedido não submetido à apreciação do juiz singular – inadequação da via eleita – vedação do exame dos autos pelo órgão colegiado – supressão de instância544/545.

Furto qualificado – constrangimento ilegal por falta de fundamentação na decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva e possibilidade de aplicação de medidas cautelares – impossibilidade – fundamentação adequada – garantia da ordem pública e risco de reiteração delitiva567/568.

Roubo e lesão corporal grave – prisão preventiva – nulidade da citação editalícia – descabimento – fundamentação da prisão para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal572/574.

Tráfico de drogas e associação para o tráfico – negativa ao direito de apelar em liberdade – paciente que respondeu em liberdade os termos processuais – irrelevância – decisão fundamentada – garantia da ordem pública – periculosidade evidenciada – possibilidade de reiteração delitiva.....588/589.

Tráfico de entorpecentes – prisão em flagrante – sentença condenatória – alegação de constrangimento ilegal – negativa do direito de apelar em liberdade – paciente preso durante toda a instrução – sentença fundamentada quanto ao seu indeferimento – garantia da ordem pública539/540.

Tráfico ilícito de entorpecentes e crime do sistema nacional de armas – prisão preventiva – excesso de prazo na formação da culpa – mitigação da Súmula 52, do STJ – possibilidade – instrução processual encerrada sem a acusação apresentar memoriais – erro da secretaria que não intimou o M.P. - necessidade de substituição da preventiva por medidas cautelares diversas549/551.



**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, agosto de 2015.