TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 53 - 2015
Janeiro / Março

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.53, p. 1 - 627, 2015

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 53.2015
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

Suplentes
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Tiragem da Edição: 500 exemplares

Expediente Coordenação:
Des. Francisco Gladyson Pontes

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. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Francisco Barbosa Filho
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
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
Dra. Lígia Andrade de Alencar Magalhães - Juiza Convocada
Dr. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos - Juiz Convocado
Dr. Francisco Carneiro Lima - 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. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
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. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Francisco Barbosa Filho
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
Des. Carlos Rodrigues Feitosa
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa. Maria Gladys Lima Vieira
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des.Raimundo Nonato Silva Santos
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Des. José Tarcílio Souza da Silva
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Desa. Helena Lúcia Soares
Dra.Lígia Andrade de Alencar Magalhães - Juiza Convocada
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
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Dr. Alexandre Ramos Garcia - Secretário

5ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às quartas-feiras com início às 08h30min)

Des. Clécio Aguiar de Magalhães - Presidente
Des. Francisco Barbosa Filho
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
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
Dra.Lígia Andrade de Alencar Magalhães - Juiza Convocada
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
Dra. Michelle Oliveira Freitas - 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
Dr.Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos - Juiz Convocado
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
Dr.Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos - Juiz Convocado
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.....15/289
Agravo de Instrumento 293/361
Agravo Regimental 365/412
Ação Direta de Inconstitucionalidade.....415/423
Mandado de Segurança 427/468

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime 473/566
Habeas Corpus 569/617

Índice Alfabético 618/627

Jurisprudência Cível

Apelação Cível

APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0000960-46.2010.8.06.0071
ORIGEM: 1ª VARA DA CÍVEL DA COMARCA DE CRATO-CE.
APELANTE: MIGUEL CAVALCANTE DE ALBUQUERQUE
APELADO: MUNICÍPIO DO CRATO
RELATORA: DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA
ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. GUARDA MUNICIPAL DO MUNICÍPIO DE CRATO. JORNADA ININTERRUPTA DE 12 HORAS TRABALHADAS POR 36 HORAS DE DESCANSO. HORA EXTRA A PARTIR DA OITAVA HORA DIÁRIA TRABALHADA. PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. NEGADO SEGUIMENTO AO APELO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A jornada de trabalho fixada em escalas de 12x36 horas não gera ao pagamento de horas extras decorrentes do trabalho após à 8ª hora diária, tendo em vista a compensação natural propiciada pelo descanso de 36 horas seguintes a cada 12 de trabalho. Precedentes do STJ.

2. Negado seguimento ao Apelo. Sentença mantida

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Ordinária proposta por servidor público, guarda municipal, contra o Município de Crato, com vistas ao recebimento de horas extras alegadamente decorrentes de extrapolação da jornada semanal de 40 horas, de desrespeito a intervalos intrajornada e de minutos que antecedem e que sucedem a jornada de trabalho.

Julgada improcedente a lide, nos termos da sentença de págs. 109/112, insurge-se o apelante, repisando a tese exposta na inicial e postulando a integral reforma do julgado.

O recorrido apresentou contrarrazões à apelação às págs. 131/134.

Inexistindo o interesse público a que alude o art. 53, inciso VI, do Regimento Interno desta Corte, deixei de submeter o feito à douta Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório, no essencial para o deslinde da presente questão.

FUNDAMENTAÇÃO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Apelo, preparo dispensado por força da Lei nº 1.060/1950.

Sem preliminares ou prejudiciais, passo à análise do mérito recursal.

Pretende o autor da demanda o reconhecimento da ilegalidade do sistema de trabalho e receber horas extras referentes ao descanso semanal remunerado e às horas extra-jornada, com a utilização do divisor de 180 horas.

Inicialmente, saliento que a demanda deve ser analisada sob a ótica do Direito Público, não se aplicando as disposições do Direito do Trabalho.

Não há óbice ao cumprimento de jornada de trabalho especial assim prevista, na medida em que as horas excedentes à oitava diária, considerado o único dia repouso remunerado mensal, são compensadas pelas 36 horas de descanso.

Na primeira semana de trabalho ultrapassa-se em 4 (quatro) horas o limite permitido (44 horas semanais), visto que os dias úteis serão segunda, quarta, sexta e domingo, na semana seguinte compensa-se este excesso, já que a jornada semanal é reduzida em 8 horas (dias úteis, terça, quinta e sábado), o que alcança o total de 36 horas, resultando em compensação de 4 horas a favor do trabalhador.

Com efeito, mostra-se descabido o argumento do apelante segundo o qual não teria base legal a sua jornada de trabalho, ou que deveria ser aplicado o quociente no valor de 180 (cento e oitenta) para o cálculo das horas extras, pois o quociente adotado pela ré para realizar o cálculo de horas extras está previsto na Lei 2.136 de 27 de fevereiro de 2003, que altera a duração da jornada de trabalho dos servidores Públicos do Município de Crato.

Assim sendo, é de ser aplicada a jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais estabelecida pela Lei municipal nº 2.136/2003 que alterou o art. 9º da Lei nº 2.061/2001, *in verbis*:

> Art. 9º A carga horária do servidor regido por esta Lei é de 40 (quarenta) horas semais, desempenhadas em cada Secretaria, através de escalas estabelecidas pela Secretária de Administração.

Com jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais, o servidor trabalha 200 (duzentas) horas por mês, nos termos da Súmula 431 do TST: Aplica-se o divisor 200 (duzentos) para o cálculo do valor do salário-hora do empregado sujeito a

40 (quarenta) horas semanais de trabalho. Com jornada de trabalho reduzida de 12 x 36, o servidor trabalha 180 horas/mês, como é o caso do autor.

Ademais, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça não socorre ao recorrente, conforme se verifica da transcrição abaixo:

> **Sobre a jornada de 24 horas de trabalho por 72 de descanso (24x72), a mesma equivale à jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso (12x36), pois muito embora o servidor (no caso vigilante) trabalhe 48 horas nas três primeiras semanas do mês, trabalha 24 horas na quarta semana, compensando a jornada semanal superior. Em cada semana, apesar de se trabalhar 48 horas, descansa-se 120 horas. Somadas as horas do mês, chega-se ao total de 168 horas trabalhadas, equivalendo a 42 horas por semana ou 6 horas por dia (que abrange o período de segunda a domingo). Desta feita, no regime de trabalho 24x72 (vinte e quatro horas de trabalho por setenta e duas horas de descanso), somente o tempo excedente às 24 horas diárias de trabalho é que pode ser considerado como extraordinário, pois não compensado com as 72 horas de descanso**
> (REsp 977497/MA, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJU 09/08/2012) Grifo nosso.

> **DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. JORNADA DE TRABALHO ININTERRUPTA DE 12 HORAS POR 36 DE DESCANSO. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL**. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS SUFICIENTES A EMBASAR A DECISÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.
> 1. Conforme previsto no art. 535 do CPC, os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há omissão quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão.
> 2. O acórdão recorrido, ao entender possível o regime de compensação de jornada de trabalho, o fez sob perspectiva eminentemente constitucional, pelo que refoge ao âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, sua reapreciação.
> 3. Recurso especial conhecido e improvido.
> (REsp 799.888/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 30/08/2007, DJ 15/10/2007.) Grifo nosso.

> **DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. JORNADA DE TRABALHO ININTERRUPTA DE 12 HORAS POR 36 DE DESCANSO**. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM MATÉRIA

> EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS SUFICIENTES A EMBASAR A DECISÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.
> 1. Conforme previsto no art. 535 do CPC, os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há omissão quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão.
> 2. O acórdão recorrido, ao entender possível o regime de compensação de jornada de trabalho, o fez sob perspectiva eminentemente constitucional, pelo que refoge ao âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, sua reapreciação. 3. Recurso especial conhecido e improvido."
> (REsp 799.888/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 15.10.2007)

Evidentemente, pela própria natureza desse labor, o servidor se ativa em dias de domingos e feriados, mas é certo também que, quando isso ocorre, descansa nas trinta e seis horas seguintes, o que implica dizer que há folga compensatória, inclusive com a observância do intervalo interjornadas.

Nesse sentido:

> (...)
> O art. 39, parágrafo 3º, da Constituição Federal contempla os servidores públicos com direito social previsto no inciso XIII do art. 7º da Carta Constitucional, que garante a duração de trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais. Já, o art. 19 da Lei nº 8.112/90 reza que os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas respectivamente.
> No caso em apreço, incontroversa a questão de fato (o ex-servidor laborou em plantões de 12 horas com folga de 36 horas). Assim, demonstrado que cumprem jornada de trabalho superior ao mínimo previsto constitucionalmente, porém, não superior ao máximo.
> No tocante às horas que excedem o mínimo constitucionalmente previsto (8 horas), o artigo 7º, XIII, da CF confere a faculdade de compensação de horários e a redução da jornada, feitas mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, casos que, é certo, não se aplicam no âmbito da administração pública. Porém, como colocado com muita propriedade pelo eminente Juiz ANTÔNIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA, na AC nº 97.04.08417-0/RS, Não se pode, porém, pré-excluir a possibilidade dessa compensação, pois isso levaria a uma excessiva rigidez do regime de

> trabalho dos servidores públicos, com prejuízo não só à administração e aos administrados como, também, aos próprios servidores.
> Nessa matéria, ausente uma norma expressa que se aplique às relações entre servidores e administração, deve ser admitida alguma flexibilidade, temperada pelo princípio da razoabilidade.
> Assim, apesar do ex-servidor cumprir jornada de trabalho superior a 8 horas, considera-se, no caso, haver uma compensação do horário, uma vez que trabalha 12 horas por dia (quatro horas além do limite máximo permitido), mas descansa 36 horas (situação não estendida aos demais servidores que cumprem horário normal de trabalho), não ultrapassando, assim, em tese, o limite máximo de duração do trabalho semanal de 40 horas. É, pois, uma situação incomum, gerada por necessidades específicas da administração e, até, do administrado - in casu, vigilância permanente -, mas com uma compensação conferida ao servidor, qual seja o descanso de 36 horas.
> (RECURSO ESPECIAL Nº 956.123 - RS (2007/0123096-7), RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ,,Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2011).

Por outro bordo, os princípios da economia e celeridade processual garantem que, recursos em confronto com a jurisprudência dominante deste Tribunal e também dos Tribunais Superiores possam ser decididos monocraticamente. Há expressa autorização legal nesse sentido, constante no artigo 557 caput do Código de Processo Civil.

O artigo 557 do Código de Processo Civil dispõe:

> **Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.** Grifo nosso.

Pelas razões acima esposadas, deixo de submeter o presente recurso ao órgão colegiado.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, considerando que a decisão recorrida está em sintonia com a doutrina, jurisprudência e legislação mencionadas, conheço da Apelação para negar-lhe seguimento, nos termos do artigo 557, *caput*, do CPC, inalterada a sentença objurgada, inclusive no que pertine aos encargos sucumbenciais.

Expedientes necessários.

Fortaleza, 14 de novembro de 2014.

APELAÇÃO CÍVEL e REEXAME NECESSÁRIO nº 0136881-85.2013.8.06.0001.
ORIGEM: 8ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE FORTALEZA
APELANTE/APELADO: DIEGO GEYSON XIMENES AGUIAR
APELADO/APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA
ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. PARTICIPAÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO EM VIRTUDE DE LIMINAR PROFERIDA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO A CONTINUAR NAS FILEIRAS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO CEARÁ. INOBSERVÂNCIA DA NOTA DE CORTE PARA O LIMITE DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL DO CERTAME. PERCEPÇÃO DE REMUNERAÇÃO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. POSSIBILIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. O edital do certame vedava a convocação dos aprovados além da 5.225ª posição, o que não se revela inconstitucional, representando a norma interna do concurso, de modo que deve ser levado em consideração ante o princípio da vinculação às suas disposições.

2. A simples obtenção de nota superior ao mínimo exigido no edital não enseja em aprovação, por si só, na primeira fase de concurso público, devendo o candidato alcançara classificação exigida para participar da segunda fase do certame.

3. A Jurisprudência pátria já consagrou entendimento no sentido da possibilidade de se limitar a convocação de candidatos aprovados para a segunda etapa do certame, com o escopo de selecionar somente aqueles considerados mais aptos para o exercício do cargo pretendido, a depender, portanto, do desempenho na fase antecedente do concurso público.

4. As condições exigidas para as fases subsequentes são

claras, razoáveis e impostas a todos os participantes, entender o contrário seria afrontar os princípios da isonomia, da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório do edital, não se evidenciando pela da documentação carreada aos autos nenhuma ilegalidade passível de anulação pelo Poder Judiciário.

5. Quanto à percepção da remuneração devida, tem-se que o autor, por meio de liminar concedida por esta Eg. Corte, ingressou no serviço público, prestando-o imbuído de boa-fé e albergado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao passo que, por meio de determinação do Poder Judiciário prestava aquele serviço público.

6. Não se pode conceber que o promovente trabalhe sem a devida contraprestação, sob pena de constitui-se verdadeiro enriquecimento sem causa do Estado do Ceará, motivo pelo qual tal atitude deve ser repulsada.

7. Exigir do autor a comprovação de que não percebeu remuneração pelos serviços prestados não se mostra razoável. Tal ônus seria do próprio Estado, pois, constitui-se em elemento que extingue o direito do autor (art. 333, II, do CPC), sendo, inclusive, uma prova de fato negativa, considerada "prova diabólica" para o requerente, de dificílima produção.

8. O requerente/apelante trabalhou como Soldado da Polícia Militar do Estado do Ceará, efetivamente prestando serviços públicos, no período correspondente de 27/06/2011 (conforme declaração, assinada pelo Comandante do 4 BPM, às fls. 65/66) até o dia 31/07/2013.

9. Conhecidos os recursos para negar provimento ao Apelo do Estado do Ceará, e, dar parcial provimento à Apelação de Diego Geyson Ximenes Aguiar.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo nº 0136881-85.2013.8.06.0001, 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 pelo Estado do Ceará, para negar-lhe provimento, e conhecer do Apelo manifestado por Diego Geyson Ximenes Aguiar para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Tratam-se de Apelações Cíveis interpostas por Diego Geyson Ximenes Aguiar e pelo Estado do Ceará em face de sentença proferida pelo Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública, a qual julgou parcialmente procedente os pedidos contidos na Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização ajuizada pelo primeiro recorrente e Aliandro Gomes Barbosa em desfavor do ente estatal.

Na inicial (págs.01/13), os promoventes aduziram que se inscreveram em concurso público para o cargo de soldado da carreira de praças da Polícia Militar, nos moldes do edital nº 01/2008. Asseveram que o referido certame possuía 2.000 (duas mil) vagas, sendo 1.900 destinadas aos candidatos do sexo masculino e 100 para o sexo feminino.

Afirmam que, segundo a banca organizadora, todos os candidatos que obtivessem mais de 42 pontos estariam classificados para realizar os exames médicos (segunda etapa). Ocorre que, segundo alegam, não foram convocados para tal fim.

Sustentam que o Estado, agindo ilegalmente, convocou aqueles que conseguiram maiores notas nas provas objetivas, dando posse a tais candidatos sem que fosse garantido e concluído o certame em relação aos demais.

Mencionam que o Estado do Ceará não conseguiu preencher as duas mil vagas, mesmo após a realização de cursos de formação. Asseveram que, visando o preenchimento de tais vagas ociosas, impetraram Mandado de Segurança que lhe garantiram, via liminar, o prosseguimento nas fases subsequentes do certame.

Em virtude da referida liminar, realizaram exames médicos e frequentaram o Curso de Formação, assumindo o cargo de soldado da PM, muito embora sem perceber os vencimentos que eram devidos. Aduzem que foram impedidos de realizar o exame final, conforme edital nº 57/2010, D.O.E de 01/07/2010.

Em continuidade, afirmam que, por uma questão de ordem técnica, o aludido Mandado de Segurança está prestes a ser extinto sem apreciação do mérito, razão pela qual estarão sujeitos à exclusão dos quadros da Polícia Militar do Ceará, sem ter percebido os vencimentos que lhes eram devidos.

Diante desses fatos, requerem a confirmação dos efeitos da antecipação da tutela jurisdicional para que o Estado do Ceará seja obrigado a garantir a sua manutenção no cargo, devendo perceber os provimentos devidos. Ainda como pleito liminar, requerem que o promovido se abstenha de nomear novos aprovados e que sejam os autores incluídos na folha de pagamento do Estado, exercendo o *mister* inerente ao cargo de Policial Militar.

Ao fim, pleitearam o julgamento procedente da demanda, com o fito de tornar definitiva a liminar concedida, condenando o Estado a nomear os promoventes, concedendo-lhes o certificado de conclusão do Curso de Formação, pagando as remunerações inadimplidas e indenização por danos materiais e morais sofridos.

Despacho à pág. 266, em que o Juízo de primeiro grau recebeu a exordial e reservou-se à apreciação dos pleitos antecipatórios em momento posterior à formação do contraditório.

O Estado do Ceará às págs. 268/285, manifestou-se pelo indeferimento do pedido de antecipação de tutela, tendo os requerentes apresentado resposta à manifestação do ente estatal às págs. 286/290.

Sentenciando o feito (págs. 352/357), o magistrado de primeiro grau julgou improcedente a demanda, sob o fundamento de que os autores não foram aprovados dentro do número de vagas ofertadas, considerando, também, a inexistência de qualquer ilegalidade na esfera administrativa.

Foram opostos Embargos de Declaração às págs. 362/368. Após contrarrazões prestadas pelo Estado do Ceará, o magistrado de planície deu parcial provimento ao recurso, reformando a sua decisão no sentido de condenar o Estado ao pagamento dos valores oriundos da prestação de serviço de Soldado da Polícia Militar que desempenharam os requerentes no período 27/06/2011 a 11/04/2012.

Diego Geyson Ximenes Aguiar interpôs Apelação (págs.394/408), apresentando como principais fundamentos, em suma: a) inconstitucionalidade e ilegalidade da chamada cláusula de barreira, bem como ferimento ao princípio da isonomia; b) inconstitucionalidade e ilegalidade do aditivo feito ao edital; c) impossibilidade de se usar a ordem de classificação como critério para desclassificação de candidato; d) necessidade de reforma da decisão no que se refere ao pagamento do período laborado, constando como período final o dia 31/07/2013.

Ao final, requer a reforma da decisão, para que sejam julgados procedentes os pedidos formulados na petição inicial, bem como para que se condene o Estado do Ceará ao pagamento de soldos até a data do efetivo desligamento do recorrente.

O ente estatal também apresentou Recurso de Apelação (págs. 413/422), alinhando como principais argumentos de sua irresignação a inadequação da via eleita em relação ao pagamento da remuneração, falta de prova e impossibilidade de execução em ação autônoma. Requerendo, finalmente, a extinção da demanda sem resolução do mérito, nos termos do ar. 267, inciso VI, do CPC.

Contrarrazões do Estado às págs.423/445, e do promovente às págs. 449/451.

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer às págs.462/482, opinando pelo desprovimento do recurso interposto pelo Estado do Ceará e pelo parcial provimento do Apelo apresentado por Diego Geyson Ximenes Aguiar, apenas para reformar a decisão no que tange ao período efetivamente laborado para efeitos de adimplemento vencimental.

É o relatório, no essencial.

VOTO

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade recursal, conheço do presente recurso voluntário, eis que próprio, interposto tempestivamente, realizado o devido preparo, encontrando-se, pois, presentes os chamados requisitos intrínsecos (legitimidade, interesse e cabimento) e extrínsecos (preparo, adequação, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo, suspensivo ou impeditivo do direito de recorrer) ao transpasse para o julgamento de mérito.

Conforme brevemente relatado, trata-se de Ação Ordinária em que candidatos inscritos em concurso público para o preenchimento de cargos dos quadros da Polícia Militar do Ceará visam a sua nomeação no cargo de Soldado da Polícia Militar, além da condenação do Estado do Ceará ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Prossigo a uma análise conjunta dos recursos interpostos, posto que, no que pertine ao pagamento do período supostamente laborado, estes se imiscuem.

1. Ingresso permanente do primeiro apelante nos quadros da Polícia Militar do Ceará.

Diego Geyson Ximenes Aguiar teve assegurada a matrícula no Curso de Formação Profissional, e, manutenção no cargo de Soldado da PMCE, por força de decisão liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança de nº 0002581-63.2011.8.06.0000. Transcrevo excerto da decisão constante das págs. 389/390 do referido processo:

> Face ao exposto, reconsidero a decisão de fls. 13/18, para CONCEDER initio litis e inaudita altera pars, o pedido liminar formulado pelo Autores anteriormente relacionados, deixando de atender ao pedido dos demais impetrantes não enumerados, em razão da insuficiência da documentação apresentada, no sentido de ordenar ao Comandante Geral da Polícia

> Militar do Estado, e demais autoridades envolvidas na seleção, a imediata matrícula no Curso de Formação Profissional que está em andamento, sob a responsabilidade da UECE, para ocupação de cargo de soldado da PMCE, regulamentado pelo Edital n. 01/2008; que esta determinação judicial seja de logo cumprida pela autoridade impetrada ou quem suas vezes fizer, sob pena de multa diária de hum mil reais (RS 1.000,00) em caso de desobediência, de modo que os impetrantes matriculados sejam mantidos no status de soldado e não sejam excluídos do aludido cargo ao final do Curso de Formação, salvo se assim deliberado por este Juízo, ficando assim garantidos aos candidatos impetrantes a identificação militar, fardamentos para que possam assumir o novo cargo, conferindo-se-lhes os efeitos legais e funcionais decorrentes.

Cabe ressaltar que o demandante ingressou na lide como litisconsorte ativo na mesma decisão referenciada, cujo trecho também merece transcrição (pág. 386 do *writ)*:

> Desta forma, ante os permissivos legais do art. 46 do CPC e do art. 294 da nova Lei do Mandado de Segurança, em tudo aplicáveis à espécie, admito a relação litisconsorcial requestada na pessoa dos seguintes candidatos: ALEXANDRE GOMES DOS SANTOS, ALIANDRO GOMES BARBOSA, DIEGO GEYSON XIMENES AGUIAR, ALLAN RODRIGUES GOMES, ERYVAN DE ALMEIDA LIRA (...)

Ocorre que tal decisão foi revogada e teve seus efeitos anulados por força da extinção da ação mandamental, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, tendo o Órgão Especial desta e. Corte entendido, em relação aos litisconsortes, ser impossível sua formação ativa em fase ulterior, e em relação ao impetrante inicial, não haver sido identificado o direito líquido e certo alegado. Processo julgado na Sessão do Órgão Especial do dia 16/05/2013 (fls. 847 dos autos do MS nº 0002581-63.2011.8.06.0000).

Mesmo antes da extinção do *mandamus* o demandante ingressou com Ação de Obrigação de fazer c/c indenização e pedido liminar de antecipação de tutela, pretendendo assegurar a sua manutenção no cargo que ocupava, não obstante a situação precária que se constituíra e que o amparava em condição *sub judice.*

De todo o exposto, observa-se que o direito ao regular exercício do cargo e o devido acesso, que foi assegurado ao demandante através de medida liminar em sede de Mandado de Segurança, foram matérias amplamente apreciadas, tanto no julgamento do *writ,* quanto na ação posteriormente manejada, de obrigação de fazer, objeto de recurso de apelação.

É forçoso admitir, diante do exaustivo exame, que o direito não ampara o demandante. E isto se dá basicamente pelo fato de que o mesmo logrou apenas a 23.838ª posição, num certame que vedava a convocação dos aprovados além da 5.225ª posição. Esta era a condição *sine qua non* para a aprovação definitiva, independentemente da pontuação obtida, sendo este o fundamento a que se ateve, equivocadamente, o autor.

Os ora Recorrentes prestaram concurso para o provimento de vagas do cargo de soldado da carreira de praças da Polícia Militar, de acordo com as normas previstas no Edital n.º 01/2008, publicado em 09/06/08.

O mencionado edital previa, inicialmente, a existência de 2.000 (duas mil) vagas, 1.900 (mil e novecentas) para os candidatos do sexo masculino e 100 (cem) para o sexo feminino, sendo que, dos aprovados na primeira etapa do certame, 2.850 (dois mil oitocentos e cinquenta) candidatos do sexo masculino seriam chamados a participar da segunda fase, exames médicos, e da terceira – o Curso de formação profissional.

Nesse sentido, não há qualquer ilegalidade no edital do certame em limitar o número de convocados para a fase posterior do concurso com base na nota obtida. A previsão editalícia é clara ao estabelecer que, dentre os aprovados na primeira etapa da concorrência pública, somente 2.850 (dois mil oitocentos e cinquenta) candidatos do sexo masculino seriam chamados a participar da segunda fase, item 8.3.

Ressalto que "*a limitação de convocação de candidatos aprovados para a segunda etapa do certame tem por escopo selecionar os melhores e mais aptos para o exercício da profissão, de sorte que os classificados na primeira etapa do concurso têm somente expectativa de direito à convocação para as demais fases, o que não basta para obter tutela mandamental."* (STJ - RMS 24971/BA - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. em 28/08/2008, DJ 22/09/2008).

A meu sentir, a regra acima mencionada, contida no item 8.3 do edital 01/2008, passa longe da pecha de ilegal que pretende lhe adjetivar o ora recorrente. Ademais, quando a Administração resolveu convocar mais do que os 2.850 estabelecidos inicialmente, agiu dentro da sua conveniência e oportunidade, posto que foi respeitada a ordem de classificação.

Nesse desiderato, o ente Estatal, a partir da discricionariedade conferida para a hipótese de nova convocação, valeu-se de critérios de conveniência e oportunidade, para entender por bem realizar uma única nova chamada, não havendo irregularidade nesse proceder a ser reconhecida e dirimida pelo Poder Judiciário.

O Edital nº 01/2009, portanto, foi alterado pelo Edital nº 79/2009, estabelecendo-se, no subitem 8.3, como convocáveis para fase ulterior apenas os que

se classificassem até a 5.225ª colocação, se do sexo masculino, e 275º lugar, para as candidatas do sexo feminino, de modo que inexiste direito a amparar ao promovente/apelante.

Como dito, o recorrente, na primeira etapa, classificou-se na 23.838ª colocação, com a pontuação de 51,00 (cinquenta e um) pontos, conforme pág. 307.

Como se observa nos autos, pág. 307, o último candidato, do sexo masculino, convocado para a inspeção de saúde obteve nota de 72,50 (setenta e dois inteiros cinquenta décimos) pontos, estando na 5.225ª colocação, e, por óbvio, o ora Recorrente deixou de sê-lo, uma vez que ocupava a 23.838ª colocação.

Nessas condições, tenho que não assiste ao Recorrente qualquer direito a ser resguardado na hipótese, uma vez que não obteve classificação dentro do número de vagas fixado no Edital.

Dessa forma, a simples obtenção de nota superior ao mínimo exigido no edital não enseja em aprovação, por si só, na primeira fase de concurso público, devendo o candidato lograr classificação exigida para participar da segunda fase do concurso. Inexiste direito ao apelante de participar da etapa subsequente, curso de formação, pois se deve respeitar a classificação final do concurso e as vagas delimitadas pelo edital.

Ora, o edital do certame vedava a convocação dos aprovados além da 5.225ª posição, o que, ao contrário do que argumenta o autor/recorrente, não é inconstitucional, representando a norma interna do concurso, o que deve ser levado em consideração ante o princípio da vinculação às suas disposições, sendo que o promovente se submeteu aos ditames ali assinalados no ato de sua inscrição.

Como já dito a jurisprudência pátria já consagrou entendimento no sentido da possibilidade de se limitar a convocação de candidatos aprovados para a segunda etapa do certame, com o escopo de selecionar somente aqueles considerados mais aptos para o exercício do cargo pretendido, a depender, portanto, do desempenho na fase antecedente do certame.

Trago à colação de julgados proferidos pelo e. STJ, expressando o entendimento daquela Corte de Justiça:

> RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O PROVIMENTO DE CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. PRETENSÃO DE CONVOCAÇÃO PARA SEGUNDA ETAPA DO CERTAME. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO RECONHECIDO. CONVOCAÇÃO DE CANDIDATOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. INOCORRÊNCIA DE PRETERIÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. **A definição dos critérios utilizados para se alcançar o perfil do candidato, de acordo com as atividades que serão exercidas, é feita de forma discricionária pela Administração, que, com base na oportunidade e conveniência do momento, estabelece as diretrizes a serem seguidas na escolha dos candidatos.**
2. A limitação de convocação de candidatos aprovados para a segunda etapa do certame tem por escopo selecionar os melhores e mais aptos para o exercício da profissão, de sorte que os classificados na primeira etapa do concurso têm somente expectativa de direito à convocação para as demais fases, o que não basta para obter tutela mandamental.
3. **A convocação de candidatos por força de medida judicial, não implica em violação de direito individual dos candidatos remanescentes que não foram beneficiados com decisões judiciais, uma vez que a coisa julgada não se estende a terceiros estranhos ao processo.**
4. **No presente caso, o recorrente atingiu a pontuação mínima exigida, porém não se classificou dentro do limite estipulado para participação na segunda fase do concurso, conforme requisito exposto no Edital, de sorte que não há direito líquido e certo a ser amparado pelo *writ.***
5. Recurso Ordinário desprovido, em consonância com o parecer ministerial.
(STJ. 5ª Turma. ROMS 24.971/BA. Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. DJe 22.09.2008). Grifo nossos.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N.º 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONCURSO PÚBLICO. PARTICIPAÇÃO DA FASE DE APRESENTAÇÃO DOS TÍTULOS LIMITADA PELO EDITAL. CLASSIFICAÇÃO DO ORA AGRAVANTE EM COLOCAÇÃO SUPERIOR AO LIMITE PREESTABELECIDO.
1. O Agravante, nas razões do regimental, não impugnou especificamente os fundamentos da decisão hostilizada, razão pela qual impõe-se a aplicação do enunciado n.º 182 desta Corte Superior.
2. **O Edital n.º 001/2001 é cristalino ao informar que, após a aprovação e classificação nas Provas 1 e 2, somente seriam convocados para participação na apresentação dos títulos, os candidatos aprovados e classificados dentro do limite de até duas vezes o número de vagas para o cargos de Controlador de Recursos Públicos – cargo para o qual concorreu o Impetrante, na área de conhecimento de Direito - que tinha 16 vagas. Ocorre que, o ora Recorrente classificou-se em 117º lugar, não logrando alcançar, na forma do edital, classificação mínima suficiente para a apresentação do título.**
3. Agravo regimental desprovido.
(STJ. 5ª Turma. AgRg no ROMS 22.914/ES. Relatora Ministra LAURITA VAZ. DJU 06.08.2007).Grifo nosso.

Assim, relativamente à possibilidade de se admitir a participação do recorrente nas demais fases do concurso público, deve-se considerar que todos os candidatos se submetem às normas lançadas no Edital, as quais representam a concreta aplicação do princípio da discricionariedade administrativa, obedecidas as normas legais regente da espécie.

Tal instrumento expressa todas as regras e diretrizes do concurso público, além de prever as vagas as quais visa preencher, obedecidas as normas financeiras e orçamentárias para o provimento dos cargos em disputa.

Deve-se salientar, ademais, que a inscrição no certame conduz à conclusão inequívoca de que o candidato aceitou todas as normas ali constantes, em especial, a possibilidade de limitação dos classificados aptos para o ingresso em fase posterior do concurso, o que deve ser pautado pela observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Tal ocorrência é conhecida como **cláusula de barreira** ou **cláusula de eficiência**, que é admitida pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que afasta o direito do autor/apelante, uma vez fora do limite válido para o prosseguimento nas demais fases do concurso, conforme adiante se vê:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE AGENTE E ESCRIVÃO DE POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DA BAHIA. CANDIDATOS HABILITADOS NA PRIMEIRA FASE DO CERTAME. LIMITAÇÃO DOS CONVOCÁVEIS PARA PARTICIPAÇÃO NA SEGUNDA ETAPA DO PROCESSO SELETIVO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO QUE RESPEITOU OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.
>
> 1. **A definição dos critérios utilizados para se obter o perfil do candidato, de acordo com as atividades que serão exercidas, é feita de modo discricionário pela Administração, com base na oportunidade e conveniência administrativas, estabelecendo diretrizes a serem seguidas na escolha dos candidatos.**
>
> 2. **A limitação de convocação de candidatos aprovados para a segunda etapa do certame tem por escopo selecionar os melhores e mais aptos para o exercício do cargo, de sorte que os classificados na primeira etapa do concurso têm somente expectativa de direito à convocação para as demais fases, o que não basta para obter tutela mandamental.**
>
> 3. **É induvidoso que não se pode impor à Administração Pública convocar todos os habilitados em determinada fase do certame para as**

remanescentes, pela flagrante inviabilidade material do procedimento, bem como pela sua discrepância com o princípio da razoabilidade. (...) (RMS 29.892/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 06/09/2010) Grifo nossos.

Recurso ordinário em mandado de segurança.
1. Impugnação de cláusula de edital de concurso público. Decadência. Termo inicial. Momento em que a disposição editalícia causar prejuízo ao candidato impetrante.
2. Caráter precário e transitório da concessão liminar mandamental.
3. **A estipulação, em edital de concurso público, da denominada "cláusula de barreira" – que estipula a quantidade de candidatos aptos a prosseguir nas diversas fases do certame – não viola a Constituição Federal.**
4. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
(STF, RMS 23586, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/10/2011, DJe-217 DIVULG 14-11-2011 PUBLIC 16-11-2011 EMENT VOL-02626-01 PP-00014). Grifo nosso.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE HABILITADOS NA FASE ANTERIOR PARA PARTICIPAÇÃO NA SUBSEQUENTE. POSSIBILIDADE. ABERTURA DE NOVO CONCURSO. DIREITO À PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRAZO DE VALIDADE. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.
1. **Não viola a Constituição Federal a limitação, pelo edital do concurso, do número de candidatos que participarão das fases subsequentes do certame, ainda que importe na eliminação de participantes que, não obstante tenham atingido as notas mínimas necessárias à habilitação, tenham se classificado além do número de vagas previsto no instrumento convocatório.**
2. A Corte de origem concluiu, com base nas Leis nºs 8.112/90 e 8.541/92 e nos fatos e nas provas dos autos, que o prazo do concurso do qual participava o ora recorrente já havia expirado quando da abertura da nova seleção.
3. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF.
4. Agravo regimental não provido.
(STF, AI 735389 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 25-09-2012 PUBLIC 26-09-2012). Grifo nosso.

Noutra vertente, o STJ também tem entendimento contrário ao interesse do apelante/promovente, o qual ora adotamos, por não admitir a possibilidade de aproveitamento de candidatos classificados fora do número de vagas previsto em edital, mesmo diante da superveniência de lei que crie novas vagas:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE AGENTE PENITENCIÁRIO. EDITAL N. 13/2006. CANDIDATOS CLASSIFICADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS ORIGINARIAMENTE PREVISTAS NO EDITAL. SUPERVENIÊNCIA DE LEI ESTADUAL. AUMENTO DO NÚMERO DE CARGOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. EXPECTATIVA DE DIREITO.
> 1. **De acordo com a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, não há falar em direito líquido e certo à nomeação de candidatos que, aprovados em determinada fase do concurso, não se classificaram dentro do número de vagas oferecidas no edital.**
> 2. **No presente caso, a criação de novas vagas durante o certame não favoreceu os recorrentes, porquanto repercutiu apenas para fins de provimento dos cargos.**
> 3. Segundo os cálculos matemáticos de classificação contidos no edital, os recorrentes não obtiveram a pontuação necessária para se classificar dentro do número de vagas oferecidas. Ausência de direito subjetivo. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança improvido.
> (RMS 30.085/CE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 01/08/2013). Grifo nossos.

Assim, a título de complementação, o STJ firmou entendimento no sentido de que os candidatos aprovados fora do número de vagas previstas em edital não detém direito líquido e certo à nomeação, mesmo diante do surgimento de novas vagas. (MS 20.079/DF, Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 09/04/2014, DJe 14/04;2014).

Sobre a aludida limitação, este Tribunal tem entendimento no mesmo sentido:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL DO CEARÁ. NÚMERO DE VAGAS ESTABELECIDO NO EDITAL. LIMITE DE CLASSIFICADOS PARA PARTICIPAÇÃO EM FASES SUBSEQUENTES. POSSIBILIDADE. LEI SUPERVENIENTE CRIANDO NOVOS CARGOS. INALTERADO O EDITAL. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO

> DE VAGAS. TUTELA ANTECIPADA. FUNGIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR. FUMUS BONI IURIS. NÃO VISLUMBRADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
> 1. A fumaça do bom direito deve gerar um sentimento de credibilidade no julgador acerca do direito alegado.
> 2. O limite do número de candidatos aptos a participar das subsequentes fases do concurso público, de acordo com a sua classificação, é lícito e aceito pelos Tribunais, em razão do poder discricionário da Administração Pública.
> 3. Não há que se falar em alteração automática das regras editalícias em razão da publicação de lei, criando novos cargos.
> 4. Recurso conhecido e provido. Suspensividade ratificada. Decisão reformada."
> (TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Agravo de Instrumento nº: 30512-46.2008.8.06.0000/0, Rel. Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES. Data da pub. 16/08/2011, DJe 24/10/2011)

Pelo teor da documentação trazida à colação, conforme se viu o demandante/apelante foi classificado em colocação bem além do limite previsto no edital, não atingindo posição que lhe assegurasse e não eliminação na prova, embora, tenha superada a pontuação mínima,42 (quarenta e dois) pontos, prevista no edital, de modo que não implementou a segunda condição para se habilitar na fase seguinte, tendo em vista que não compôs o grupo que se classificou até a 2.851º posição, classificação essa prevista inicialmente para o sexo masculino, e tampouco entre as classificações do intervalo entre as posições 2.851º a 5.225º, estas majoradas pelo edital n 79/2009.

Desse modo, tendo alcançado o candidato a posição nº 23.838, obtendo nota inferior a do último classificado, nos termos do item 8.3 do citado instrumento, impossível ter o mesmo direito ao pleito perscrutado, de modo que o recorrente/autor deixou de preencher um dos requisitos cumulativos e de caráter eliminatório. Nesse sentido, importante destacar o que afirmou o Eminente Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes, nos autos do Mandado de Segurança nº 0002581-63.2011.8.06.0000:

> "O edital do concurso, por seu turno, é claro quando prevê no item 8.3. que seriam convocados para realizar a segunda etapa – inspeção de saúde – os candidatos aprovados na prova objetiva e classificados até o de número 2.850, se do sexo masculino, ou seja, para a aprovação na 1ª fase do aludido certame e habilitação para a segunda etapa, o candidato, além de obter a nota mínima exigida (42,00 pontos) na Prova de Conhecimentos Gerais, também deveria se classificar dentro do limite previsto para a convocação na segunda etapa do concurso, entre as 2.850 melhores notas, o que não é o caso dos autos, pois o impetrante atingiu a nota 51 e sequer foi convocado

> para a 2ª Etapa – Inspeção de Saúde em virtude de sua classificação (23.365º posição), e conforme informações da FUNECE (fl. 20), "o último candidato, do sexo masculino, convocado para a Inspeção de Saúde visando a Turma 2 do Certame obteve 72,50 (setenta e dois vírgula cinquenta) pontos na Prova Objetiva da 1ª Etapa e está classificado na 5225ª posição"

As condições exigidas para as fases subsequentes são claras, razoáveis e impostas a todos os participantes, entender o contrário seria afrontar os princípios da isonomia, da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório do edital, não se evidenciando pela da documentação carreada aos autos nenhuma ilegalidade passível de anulação pelo Poder Judiciário.

Nesse mesmo sentido, decidindo questões idênticas a que ora se aprecia, já decidiu esta Egrégia Corte de Justiça:

> DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTA NO EDITAL. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO EM VIRTUDE DE LIMINAR. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO A CONTINUAR NAS FILEIRAS DA POLÍCIA MILITAR. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. APELAÇÃO CONHECIDA, MAS IMPROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADAPRELIMINARES DE LITISPENDÊNCIA E CERCEAMENTO DE DEFESA..
> (...)
> 5. **A simples obtenção de nota superior ao exigido no edital não enseja em aprovação, por si só, na primeira fase de concurso público, devendo o candidato estar dentro da classificação exigida para participar da segunda fase do concurso. Inexiste direito ao apelante de participar da etapa subsequente, curso de formação, tendo em vista estar classificado muito além das vagas previstas no edital.**
> 6. **No caso, o candidato assumiu a função em virtude de liminar, o qual ensejou a anotação em sua carteira funcional de "sub judice"; inexistindo, assim, ato ilegal por parte da Administração que acarrete a ocorrência de danos morais.**
> 7. Apelação conhecida, mas improvida. Sentença Confirmada.
> (TJCE, 5ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Clécio Aguiar de Magalhães, Apelação Cível nº 0139242-75.2013.8.06.0001, publicado em 04/12/2013) Grifo nosso.

Já tendo, inclusive, esta 6ª Câmara Cível se manifestado acerca do tema, conforme denota o julgado de minha relatoria a seguir ementado:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO PARA SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DA NOTA DE CORTE PARA O LIMITE DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL DO CONCURSO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.
> 1. **O edital estabelece que será reprovado na prova objetiva e automaticamente eliminado do concurso o candidato que obtiver nota inferior a 42,00 pontos, sendo convocado para a fase de inspeção de saúde e curso de formação aqueles classificados até o 2.850º lugar, se do sexo masculino, e até o 150º lugar, se do sexo feminino.**
> 2. **Na espécie, o autor da ação ordinária, ora agravante, obteve nota inferior a do último classificado nos termos do item 8.3 do citado instrumento alterado pelo edital nº. 079/2009, e deseja participar das demais fases, inclusive matrícula no curso de formação, sob fundamento da possibilidade de convocação para realização da segunda etapa dos candidatos aprovados na prova objetiva até o 5.225º lugar, todavia sem atingir a respectiva nota de corte.**
> 3. **Não tendo sido convocado para a fase de inspeção médico-odontológica não possui, outrossim, direito à participação no multicitado curso, sob pena de violação dos princípios da isonomia, da impessoalidade e do acesso meritocrático à cargo ou emprego público, previstos no art. 37, e seu inciso II, da CRFB.**
> 4. Agravo conhecido e improvido.
> (TJ/CE, Agravo de Instrumento 3420215201080600000, Relator(a): SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA, Comarca: Fortaleza, Órgão julgador: 6ª Câmara Cível, Data de registro: 10/01/2011). Grifo nossos.

Por força dos argumentos acima expendidos, ante a ausência de prova robusta, e certo de que o candidato acima nominado nunca esteve apto a continuar no curso para ingresso na carreira de Policial Militar, daí porque não convocado para Inspeção de Saúde (2ª etapa) e Curso de Formação Profissional (3ª etapa) é que se vislumbra a inexistência do direito postulado.

Outrossim, sobre a alegação de ilegalidade e inconstitucionalidade na alteração editalícia para que fossem incluídos novos candidatos para se classificarem à segunda fase do certame, entendo que esta se deu dentro da discricionariedade conferida à Administração Pública, tendo obedecido, inclusive, aos princípios insculpidos no art. 37, da Constituição Federal.

Tem-se que o objetivo da administração fora o de permitir que o quadro de pessoal da Polícia Militar do Ceará fosse efetivamente preenchido, o que não nos

parece ir de encontro à legislação pátria, vez que inserido nos critérios de conveniência e oportunidade que detêm a Administração Pública.

2. Do pagamento devido ao apelante pelo período laborado.

É oportuno anotar que a questão ora em análise envolve o mérito de ambos os recursos apelatórios. O primeiro, de autoria do candidato, visa à ampliação do período tido como de efetivo serviço concedido pelo juízo *a quo*. O segundo, por outro lado, tenta demonstrar a impossibilidade de ser feito tal pagamento.

Os argumentos do Estado do Ceará não merecem prosperar, isso porque, se comprovado determinado período de efetivo serviço prestado por alguém à máquina pública, excetuando-se o trabalho voluntário e contanto que prestado de boa-fé, deverá ser remunerado.

Analisando-se a via eleita, o autor assumiu a função de Soldado da PM com fundamento em decisão liminar proferida do Mandado de Segurança nº 00002581-63.2011.8.06.0000. Com efeito, o requerimento de parcelas anteriores em Mandado de Segurança não é legítimo, a teor das Súmulas nº 269 e 271, do STF, pelo que considero adequada a presente ação.

Não há óbice em se buscar os aludidos vencimentos em ação própria. Mesmo que o aludido *mandamus* tivesse a segurança concedida, o impetrante deveria buscar as remunerações não adimplidas em demanda autônoma, caso o Estado do Ceará não as pagassem de maneira voluntária, observando-se apenas o prazo prescricional.

No caso dos autos, percebe-se, claramente, que o autor, por meio de liminar concedida por esta Eg. Corte, ingressou no serviço público, prestando-o imbuído de boa-fé e albergado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao passo que, por meio de determinação do Poder Judiciário, prestava aquele serviço público.

Desse modo, não se pode conceber que o promovente trabalhe sem a devida contraprestação, sob pena de constitui-se verdadeiro enriquecimento sem causa do Estado do Ceará, motivo pelo qual tal atitude deve ser repulsada.

Quanto aos ônus da prova, tem-se, nos termos do art. 333 do CPC, que ao autor cabe provar o fato constitutivo do seu direito, enquanto o réu cabe a prova relativa à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Na hipótese dos autos, restou incontroverso que a parte autora/recorrente laborou no serviço público por meio de decisão concedida no aludido Mandado de Segurança. A partir dessa premissa, resta constituído o direito daquele que prestou seus serviços ao Estado em receber as remunerações devidas.

Outrossim, exigir que se comprove o não adimplemento não se mostra razoável. Tal ônus, na esteira do parecer da PGJ, seria do próprio Estado, pois constitui-se em um elemento que extingue o direito do autor (art. 333, II, do CPC), sendo, inclusive, uma prova de fato negativa, considerada "prova diabólica" para o requerente.

Nesse sentido já se pronunciou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEMONSTRAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CLÁUSULA DO EDITAL DO CONCURSO. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. EXIGÊNCIA DE PROVA DE FATO NEGATIVO. FORMALISMO EXCESSIVO. PROVA DIABÓLICA. APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.
> (...)
> 3. **Isso porque, em se tratando de fato negativo (ou seja, circunstância que ainda não tinha ocorrido) a exigência da produção probatória consistiria, no caso em concreto, num formalismo excessivo e levaria à produção do que a doutrina e a jurisprudência denominam de "prova diabólica", exigência que não é tolerada na ordem jurídica brasileira. Precedente: AgRg no AgRg no REsp 1187970/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010.**
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no AREsp 262.594/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 05/02/2013). Grifo nosso.

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇA OBRIGATÓRIA. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. FORMALISMO EXCESSIVO. PROVA DIABÓLICA. MEIO DIVERSO DE VERIFICAÇÃO DA TEMPESTIVIDADE. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE.
> 1 - Em homenagem ao princípio da instrumentalidade, a ausência da certidão de intimação da decisão agravada pode ser suprida por outro instrumento hábil a comprovar a tempestividade do agravo de instrumento.
> 2 - **Exigir dos agravados a prova de fato negativo (a inexistência de intimação da decisão recorrida) equivale a prescrever a produção de prova diabólica, de dificílima produção. Diante da afirmação de que os agravados somente foram intimados acerca da decisão originalmente recorrida com o recebimento da notificação extrajudicial, caberia aos agravantes a demonstração do contrário.**
> 3 - **Dentro do contexto dos deveres de cooperação e de lealdade processuais, é perfeitamente razoável assumir que a notificação**

> **remetida por uma das partes à outra, em atenção à determinação judicial e nos termos da Lei 6.015/73, supre a intimação de que trata o art. 525, I, do CPC.**
> Agravo a que se nega provimento.
> (AgRg no AgRg no REsp 1187970/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010). Grifo nosso.

Assim, a efetiva prova de que o Sr. Diego Geyson Ximenes Aguiar teria recebido corretamente os vencimentos devidos caberia ao Estado do Ceará, tendo em vista que tal elemento probatório seria extremamente fácil de obtenção pelo ente público.

Pelo exposto, não merece provimento o apelo do Estado do Ceará.

Constatada a necessidade de se realizar o pagamento dos vencimentos do requerente, e, empós uma análise minuciosa dos autos, tenho que a sentença deve ser modificada no que se refere ao período devido pelo Estado, pois, verifico que o ato de afastamento do apelante/promovente foi publicado no dia 31/07/2013 (págs.339/341). Esse ato administrativo, juntamente com as demais provas documentais acostadas ao presente processo, convence no sentido de que o requerente laborou até a aludida data.

Isso porque, consoante se averigua da pág. 295, existe uma declaração de superior hierárquico do autor/apelante em que se narra que até a data de 27/05/2013 o mesmo laborou na 1ª Companhia do 4ª Batalhão do Município de Canindé. E esse documento é lastreado pelas Escalas de Serviço acostada aos autos, em que consta o nome do Sr. Diego como escalado para efetivamente prestar o serviço, em especial as de págs. 299 e 301.

Conclui-se, portanto, que o requerente/apelante trabalhou como Soldado da Polícia Militar do Estado do Ceará, efetivamente prestando serviços públicos, no período correspondente de 27/06/2011 (conforme declaração, assinada pelo Comandante do 4 BPM, às fls. 65/66) até o dia 31/07/2013.

Pelo exposto, conheço de ambos os Recursos de Apelação, para negar provimento àquele interposto pelo Estado do Ceará e dar parcial provimento ao apresentado por Diego Geyson Ximenes Aguiar, apenas para reformar a sentença no que pertine ao período efetivamente laborado pelo apelante para efeitos de adimplemento vencimental, considerando este entre os dias 27 de junho de 2011 e 31 de julho de 2013, descontando-se as parcelas comprovadamente pagas durante tal período, mantendo-se, no mais, a sentença atacada.

É como voto.

Fortaleza, 7 de janeiro de 2015.

APELAÇÃO CÍVEL N° 0154653-61.2013.8.06.0001
ORIGEM: VARA DA JUSTIÇA MILITAR
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: RENALDO ANDRADE DE QUEIROZ
RELATORA DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA
ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. POLICIAL MILITAR. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR PARA APURAR POSSÍVEIS TRANSGRESSÕES. CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ARQUIVAMENTO. EXTINÇÃO DA AÇÃO POR PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE (LEI N. 1.060/50, ART. 12). APELO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Considerando a superação do processo administrativo e a não apreciação da tutela antecipada, resta inviável não reconhecer a inexistência do interesse de agir, por inutilidade do provimento jurisdicional almejado, o que acarreta a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI do CPC.

2. A condenação nos ônus sucumbenciais deve se pautar pelo princípio da causalidade, devendo responder por esses encargos aquele que deu causa à instauração do processo no qual foi vencido, seja o autor, seja o réu.

3. O Juízo *a quo* se equivocou ao deixar de condenar o requerente a suportar o ônus sucumbencial pelo fato de ser beneficiário da justiça gratuita, pois, não obstante a hipossuficiência da parte, o Juiz deve consignar, na sentença, o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

4. Apelo conhecido e provido.

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 Apelo para lhe dar provimento, nos termos do voto da Relatora e da douta Procuradoria de Justiça.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Ordinária de anulação de ato administrativo cumulada com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por RENALDO ANDRADE DE QUEIROZ, policial militar do Estado do Ceará, com o intuito de obter provimento jurisdicional que determine a suspensão do Conselho de Disciplina instaurado pelo Controlador-Geral de Disciplina por meio da Portaria nº 037/2013, de 25 de janeiro de 2013.

Aduz, em apertada síntese, que estaria sendo acusado de infringir diversos deveres e valores militares em virtude de, supostamente, haver participado de uma reunião pacífica realizada no dia 3 de janeiro de 2013 pela APROSPEC (Associação dos Profissionais de Segurança Pública do Estado do Ceará), realizada com a única finalidade de manter os associados a par das negociações entre o Governo do Estado e os militares, o que já vinha se estendendo desde janeiro de 2012.

Requereu a concessão da gratuidade da justiça, bem como a antecipação de tutela, a fim de que seja suspenso o PAD em questão, como o imediato retorno do promovente ao desempenho de suas atribuições funcionais.

Por fim, pugnou pela procedência do pedido, para declarar a nulidade do ato administrativo praticado pelo Controlador Geral de Disciplina da Polícia Militar do Ceará, bem como seja determinado o definitivo trancamento do processo administrativo disciplinar vergastado.

Juntada de documentos às págs. 22/62.

Em despacho à pág.63, o Juízo *a quo* reservou-se a apreciar o pedido de antecipação de tutela após constituído o contraditório, e, deferiu a gratuidade judiciária.

Citado, o Estado do Ceará apresentou contestação às págs.69/88, arguindo, preliminarmente, a ausência de interesse de agir, em razão da perda superveniente do objeto da ação, em virtude de já haver sido concluído o processo administrativo referente ao autor, tendo sido aplicada a punição de permanência disciplinar de dez dias.

O Juízo *a quo* às págs.90/91, fundamentou a decisão nos seguintes termos:

> "Compulsando os autos e consultando o Diário Oficial do Estado nº 88, de 14 de maio de 2013, págs. 107/108, infere-se que efetivamente o processo

> administrativo guerreado já foi finalizado, tendo sido aplicada ao autor uma punição de 10 (dez) dias de permanência disciplinar. Analisando o pedido formulado na exordial, verifica-se que se pleiteou antecipação de tutela para o fim de que fosse determinado o imediato retorno do autor às suas atribuições funcionais e, ao final, o trancamento do PAD em questão. Com a conclusão do PAD, foi o militar regularmente reintegrado às suas funções, restando superadas as pretensões veiculadas na inicial.
> Destarte, infere-se a ausência de interesse de agir, que leva à carência da ação em razão de fato superveniente, qual seja, o arquivamento do processo administrativo disciplinar relativo ao autor.
> (…)
> Em face do exposto, tendo em vista a perda do objeto da presente demanda, acolho a preliminar suscitada pelo Estado do Ceará, e julgo extinto o presente feito, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC. Sem custas e honorários, ante a gratuidade da justiça deferida à pág. 63. P.R.I."

Desta forma, irresignado com esse entendimento, o Estado do Ceará interpôs recurso apelatório, págs.93/99, defendendo em síntese, a possibilidade de condenação da parte sucumbente ao pagamento de honorários e custas ainda que beneficiário da justiça gratuita.

Às págs. 105/112, apresentou o promovido contrarrazões, aduzindo que não dispõe de condições suficientes para arcar com as custas processuais que dirá de honorários advocatícios sucumbenciais, devendo ser mantida a sentença primevo.

Deixei de submeter o feito à Douta Procuradoria Geral de Justiça, em face da ausência de interesse Público a justificar a intervenção do Ministério Público.

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.

Sem preliminares ou prejudiciais. Passo a enfrentar o mérito recursal.

Ab initio, cumpre esclarecer que as condições da ação, por se tratar de matéria de ordem pública, podem ser analisadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, e, ausente uma delas, a demanda deve ser extinta de imediato. A perda superveniente de interesse também é matéria que merece ser observada a qualquer tempo, prejudicando a análise da resolução do mérito.

Ensina a melhor doutrina que as condições da ação devem ser analisadas após os pressupostos processuais e antes do mérito da demanda, constituindo, assim, requisito para o julgamento do pedido do demandante com resolução do mérito da causa.

O Código Buzaid define as referidas condições como a legitimidade para agir – pertinência subjetiva nos polos ativo e passivo, o interesse processual – binômio necessidade e utilidade da providência jurisdicional almejada, e a possibilidade jurídica do pedido – admissibilidade em abstrato pelo ordenamento jurídico. Estas devem ser analisadas *in status assertionis*, ou seja, conforme os fatos e fundamentos jurídicos expostos pelo promovente na peça exordial.

Imperativo destacar, porém, que se tratando de matéria de ordem pública, como já exposto, levando-se em consideração as provas produzidas no processo ou convencendo-se o julgador da ausência de qualquer das condições, poderá conhecer de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo extinguir o processo sem resolução do mérito.

O objeto imediato solicitado pelo requerente era a concessão de provimento jurisdicional antecipatório, com o fito de que fosse determinado o imediato retorno às suas atribuições funcionais e, ao final, o trancamento do PAD em questão. Todavia, o que se extraiu dos autos foi que o processo administrativo guerreado já tinha sido finalizado, restando, portanto, concluído, sendo o militar regularmente reintegrado às suas funções, ficando superadas as pretensões veiculadas na exordial.

Diante das informações constantes nos autos, tem-se que o julgamento da presente Ação Ordinária não traria qualquer utilidade de ordem prática para o requerente, vez que o autor objetivava tão somente a suspensão do Conselho de Disciplina ao qual foi submetido, bem como o seu posterior trancamento e arquivamento da avaliação.

Não há como conceder ao suplicante a suspensão ou o trancamento do referido Conselho de Disciplina, vez que tal procedimento administrativo já fora finalizado, com a aplicação de sanção disciplinar ao militar transgressor, perdendo a presente ação o seu objeto.

O interesse processual se vincula à real necessidade da parte de exercer o direito de ação. Ademais, a tutela pleiteada deve ser útil ao fim que se pretende alcançar. É o que os processualistas identificam como binômio necessidade – utilidade, que compõem o amplamente mencionado interesse processual.

In casu, como o pronunciamento judicial deve refletir o estado da causa por ocasião do desfecho do processo (art. 462, CPC), há de se considerar que, o encerramento do Conselho de Disciplina, resta inarredável a perda de utilidade do uso da via judicial e a não apreciação da tutela antecipada, resta inviável não reconhecer a

inexistência do interesse de agir, por inutilidade do provimento jurisdicional almejado, o que acarreta a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC.

Superadas estas considerações, o Estado do Ceará questiona a ausência de condenação do recorrido ao pagamento de honorários advocatícios, ante o disposto no art. 20, § 4º[1], do Código de Processo Civil, sendo necessário destacar que doutrinariamente há entendimento intermediário, segundo o qual o beneficiário da gratuidade judicial deverá ser condenado, na sentença, ao pagamento das verbas sucumbenciais, condicionando-se a exigibilidade do crédito, porém, à prova de perda da condição de necessitado.

No presente caso o Juízo *a quo* se equivocou ao deixar de condenar a requerente a suportar o ônus sucumbencial pelo fato de ser beneficiário da justiça gratuita, pois, não obstante a parte ser hipossuficiente, o Juiz deve consignar na decisão o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Nessa linha de pensamento é a posição jurisprudencial do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, vejamos:

> **EMENTA: RECURSOS ADESIVO E APELATÓRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO DO QUADRO DE MAGISTÉRIO. LEI Nº 12.611/96. PEDIDO DE ISONOMIA DE VENCIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA. SÚMULA Nº 339 DO STF. ÔNUS SUCUMBENCIAIS DEVIDOS. RECURSO ADESIVO PROVIDO E APELATÓRIO IMPROVIDO.**
>
> 1 - O reajuste salarial dos servidores deve ser concedido através de lei específica (art. 37, X, da Constituição Federal).
>
> 2 - Hipótese em que a Lei nº 12.611/96 tratou exclusivamente dos servidores do magistério do Grupo Ocupacional de 1º e 2º graus, não acarretando afronta ao princípio da isonomia.
>
> 3 - Patente a impossibilidade do Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob o fundamento de isonomia. Afronta ao enunciado da Súmula nº 339 do STF e aos princípios da Legalidade e Independência entre os Poderes.
>
> 4 - Súmula nº 339 do STF: "Não cabe ao poder Judiciário, que não tem

1 Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa 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. (omissis)

§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 eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia".

5 - **A improcedência do pedido autoral, quando a parte não é beneficiária da justiça gratuita, acarreta a obrigatoriedade do pagamento de honorários advocatícios, devendo o julgador se valer dos requisitos objetivos previstos no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.**

6 - Recurso Adesivo CONHECIDO e PROVIDO para condenar os demandantes no pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais). Recurso Apelatório CONHECIDO e IMPROVIDO, para reconhecer a inexistência de direito em favor dos apelantes, com observância da supremacia da Constituição Federal de 1988, que impede a equiparação de reajuste pretendida, por parte do Judiciário.

(Apelação Cível nº. 0739766-77.2000.8.06.0001/1, Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes , 3ª Câmara Cível, 16 de março de 2009). Grifo nosso.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. SERVIDORES EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO EM AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. LEI ESTADUAL N. 12.611/96. CONCESSÃO DE REAJUSTE SETORIAL DE 19% AOS SERVIDORES INTEGRANTES DO MAGISTÉRIO DE 1º E 2º GRAUS. EXTENSÃO AOS DEMAIS SERVIDORES ESTADUAIS. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO GERAL. NÃO OCORRÊNCIA. ISONOMIA. INAPLICÁVEL (SÚMULA 339 DO STF). PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. APELAÇÃO IMPROVIDA. PROMOVENTE-APELANTE BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. CONDENAÇÃO NAS CUSTAS PROCESSUAIS E NOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE (LEI N. 1.060/50, ART. 12). RECURSO ADESIVO PROVIDO.

1. O art. 37, inc. X, da CF/88 se refere à revisão geral da remuneração de todos os servidores, a ser efetuada anualmente, na mesma data, sem distinção de índices. Tal revisão não se confunde com aumento setorial, que beneficia apenas determinada categoria de servidores públicos, por terem fundamentos diversos. A Lei Estadual n. 12.611/96 conferiu aumento dos vencimentos apenas aos ocupantes de cargo de magistério de 1º e 2º graus, não se referindo, em momento algum, a efetivação de revisão geral.

2. Noutro giro, os vencimentos dos servidores públicos somente podem ser fixados ou alterados mediante a edição de lei específica, não podendo o Judiciário, que não exerce tipicamente função legislativa, estender a todos os servidores aumento dado apenas a determinada categoria, ainda que sob invocação do princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), sob pena de

afronta direta ao princípio da Separação dos Poderes, conforme orientação emanada da Súmula 339 do C. STF.
3. Em demandas ajuizadas em face da Fazenda Pública, aplica-se o prazo prescricional qüinqüenal previsto no Decreto n. 20.910/32. In casu, não se caracteriza obrigação de trato sucessivo, na medida em que o direito pleiteado pelos promoventes surgiu de um único ato - edição da Lei n. 12.611/96, que não concedeu o aumento requerido -, não cabendo se falar em renovação mês a mês de relação que não chegou, sequer, a se constituir.
4. ***In casu*, julgada improcedente a ação, deve o promovente - apelante ser condenado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, por ter sucumbido e por ser responsável pela movimentação da máquina judiciária.**
5. O fato de uma das partes litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita não afasta a possibilidade de, sendo vencida na demanda, ser condenada nos encargos da sucumbência.
6. É que, ocorrendo alteração, durante o prazo legal de 05 (cinco) anos, de sua situação financeiro-econômica, pode o vencedor executar, com base no título judicial, os valores nos quais fora condenado o gratuitamente assistido (Lei n. 1060/50, art. 12). Precedentes do C. STJ.
7. Apelação conhecida e improvida.
8. Recurso Adesivo conhecido e provido.
(Apelação Cível nº. 0722091-04.2000.8.06.0001/1, Des. Raul Araújo Filho , 1ª Câmara Cível, 16 de dezembro de 2009). Grifo nosso.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA COM FITO DE EXTENSÃO DE REAJUSTE SALARIAL A SERVIDORES ESTADUAIS. PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO NÃO CONFIGURADA. HIPÓTESE DE REAJUSTE ESPECÍFICO DE UMA CATEGORIA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. IMPROCEDÊNCIA DO APELATÓRIO. RECURSO ADESIVO DO ESTADO DO CEARÁ. APLICAÇÃO DO ART. 12 DA LEI Nº 1.060/50. PROCEDÊNCIA.
I - Tratando-se de prestações de trato sucessivo, aplica-se, *in casu*, a Súmula 85 do STJ, segundo a qual a prescrição incide somente sobre as parcelas vencidas no qüinqüênio anterior à propositura da ação.
II - Não há que se falar em ofensa ao princípio da isonomia quando da edição da lei estadual nº 12.611/96, que majorou em 19% a remuneração do Grupo Operacional Magistério de 1º e 2º graus, uma vez que o referido diploma legislativo não teve por objeto promover a revisão anual dos vencimentos do funcionalismo público estadual, tal como previsto no art. 37, X, mas sim conferir a uma determinada categoria profissional um reajuste setorial que possibilitasse a correção de uma defasagem salarial.
III - Improsperável o pleito autoral de extensão do reajuste concedido pela lei nº 12.611/96 aos demais servidores públicos estaduais, tendo em vista

> que ao Poder Judiciário é vedado aumentar vencimentos de servidores públicos a título de isonomia, nos termos da Súmula 339 do STF.
> **IV - Laborou em equívoco o douto magistrado de piso ao afastar a condenação da parte sucumbente nas custas e honorários advocatícios em razão de ter litigado sob o pálio da justiça gratuita. Em tais situações, deve ser aplicado o art. 12 da Lei nº 1.060/50, suspendendo-se a exigibilidade do pagamento da verba sucumbencial pelo prazo de cinco anos.**
> V - APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. RECURSO ADESIVO CONHECIDO E PROVIDO.
> (Apelação Cível nº. 0728407-33.2000.8.06.0001/1, Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes, 2ª Câmara Cível, 03 de dezembro de 2008). Grifo nosso.

Diante do exposto, conheço do recurso, para dar-lhe provimento, reformando a sentença hostilizada, apenas para condenar o autor ao pagamento de honorários advocatícios, os quais arbitro em R$ 1.000,00 (um mil reais), observando-se, porém, o disposto no artigo 12 da Lei 1.060/50, vez que litiga sob o pálio da gratuidade judicial, mantendo-se a sentença inalterada em seus demais termos.

É como voto.

Fortaleza, 12 de novembro de 2014.

APELAÇÃO CÍVEL
PROCESSO: 0182898-82.2013.8.06.0001
APELANTE: BLOKUS ENGENHARIA
ADV. FCO. WELVIO URBANO CAVALCANTE
ADV. LARA COSTA DE ALMEIDA
RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO

EMENTA: REGISTROS PÚBLICOS. CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA. PEDIDO DE AVERBAÇÃO À MARGEM DA MATRÍCULA IMOBILIÁRIA. DETALHAMENTO DE PENDÊNCIAS PELO OFICIAL DE REGISTRO: DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 1.046 DO CÓDIGO DE NORMAS DO SERVIÇO NOTARIAL E REGISTRAL DO ESTADO DO CEARÁ.

- A apelante requereu a averbação do contrato particular de compra e venda à margem das matrículas imobiliárias, que não foi perfectibilizada pela Oficiala de Registro de Imóveis porque detalhadas pendências a serem resolvidas pelo requerente.

- Na via judicial, a magistrada decidiu pela realização das averbações, determinando que as pendências fossem resolvidas pelas partes.

- A averbação do contrato de compra e venda na matrícula imobiliária não transfere a propriedade do bem, mas possui utilidade à luz do princípio da publicidade, reportando-se à matricula e ao assentamento do imóvel e "não com o negócio jurídico que o teve por objeto", como bem explica Walter Ceneviva (*in: Lei dos Registros Públicos Comentada,* ª edição – São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 564).

- A averbação conforma-se ao ato jurídico publicidade e é necessária para "garantir a oponibilidade e preservar a inoponibilidade a todos os terceiros", sendo instrumento legal de garantia dos atos jurídicos submetidos a registro ou averbação (ob. cit., pgs. 38/39).

- Ressalta-se, outrossim, para que fique extreme de dúvidas: caso se tratasse de registro do título translativo das propriedades imobiliárias as exigências contidas no detalhamento de pendências constante nos autos seriam plenamente pertinentes.

Apelação conhecida e provida para determinar que as averbações do negócio jurídico nas matrículas imobiliárias sejam feitas independentemente das pendências anotadas, tendo em vista que estas dizem respeito à translação da propriedade e não à pretendida publicidade do negócio jurídico, objeto do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do recurso identificado na epígrafe, acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores componentes da Sexta Câmara Cível, em votação unânime, em conhecer da apelação e prover-lhe provimento, nos termos do voto do em. Relator.

RELATÓRIO

Blokus Engenharia Ltda interpôs apelação com o objetivo de reformar em parte a sentença de fls. 100/103, integrada pela decisão de fls. 124/125, proferida em sede de embargos de declaração.

O caso: a autora/apelante ingressou com pedido de averbação imobiliária em face da Oficiala do Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Zona da Comarca de Fortaleza, pretendendo averbar à margem das matrículas 29.783, 25.022 e 25.029 e, também, da nova matrícula a ser aberta quando levada a registro a transcrição nº 28.878 do 1º CRI, a existência de um contrato particular de promessa de compra e venda e seus aditivos envolvendo dos imóveis nelas identificados. Sustenta que o requerido apresentou detalhamento de pendências que não se relacionam com o pedido de publicidade aos negócios jurídicos em tablado, posto não se tratar de títulos traslativos das propriedades imobiliárias.

A sentença: julgou procedentes os pedidos de averbação formulados na inicial, todavia determinou que a autora resolvesse as pendências assinaladas junto ao Cartório do 2º Ofício de Imóveis.

Razões apelativas às fls. 130/143 postulando a modificação parcial da sentença apenas para excluir a condicionante relacionada às pendências cartorárias apontadas, devendo a averbação do contrato e dos seus aditivos se dar no estado em que se encontram.

Preparo comprovado à fl. 145.

É o relatório.

À em. Desembargadora Revisora.

Fortaleza, 1º de dezembro de 2014.

VOTO

Recurso tempestivo e adequado à espécie; preparo à fl. 124.

A controvérsia gira em torno das exigências contidas no detalhamento de pendências firmado pelo Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Zona da Comarca de Fortaleza para que a autora possa averbar a existência de contrato particular de compra e venda à margem das matrículas nº 29.783, 25.022 e 25.029 e, também, da nova matrícula a ser aberta quando levada a registro a transcrição nº 28.878 do 1º CRI.

O contrato particular repousante nos autos, da forma em que apresentado pela autora/apelante, não se constitui título hábil para a modificação da propriedade imobiliária e, por este motivo, as exigências contidas no detalhamento de pendências repousante às fls. 59/60 são próprias do registro do título translativo nos moldes do art. 1.245 do Código Civil.

No caso em apreciação, tem-se o pedido de averbação da existência do contrato de compra e venda dos imóveis descritos nas matrículas e na transcrição já enumeradas com o simples efeito de dar publicidade aos negócios jurídicos entabulados pelas partes contratantes.

Aplicáveis, portanto, os arts. 167, II, alínea 5, *in fine,*172 e 246, § 1º, da Lei nº 6.015/1973:

> Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:
>
> II – a averbação:
>
> 5) da alteração do nome por casamento ou por desquite, ou, ainda, outras circunstâncias que, de qualquer modo, tenham influência no registro ou nas pessoas nele interessadas;

> Art. 172 - No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, " intervivos" ou " mortis causa" quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.
> Art. 246 - Além dos casos expressamente indicados no item II do artigo 167, serão averbados na matrícula as subrogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro. (Renumerado do art. 247 com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975)
> § 1º As averbações a que se referem os itens 4 e 5 do inciso II do art. 167 serão as feitas a requerimento dos interessados, com firma reconhecida, instruído com documento dos interessados, com firma reconhecida, instruído com documento comprobatório fornecido pela autoridade competente. A alteração do nome só poderá ser averbada quando devidamente comprovada por certidão do Registro Civil. (Renumerado do § único pela Lei nº 10.267, de 2001)

O apelo não controverte a sentença quanto às averbações julgadas procedentes, mas, tão-somente, no que se relaciona às pendências apresentadas pela Oficiala do Registro de Imóveis, que, ao meu sentir, teriam razão de ser apenas caso se tratasse do registro do título translativo das propriedades, hipótese esta diversa da tratada nos autos, posto que se refere à averbação do contrato e do seu aditivo, sem qualquer transferência das propriedades.

Sobre o tema é salutar a transcrição do art. 217 da LRP:

> Art. 217. O registro e a averbação poderão ser provocados por qualquer pessoa, incumbindo-lhe as despesas respectivas.

A hipótese em julgamento está perfeitamente respaldada no art. 475, § 1º, do Provimento nº 09/1999 da Corregedoria Geral da Justiça, norma presente na reedição do Código de Normas do Serviço Notarial e Registral do Estado do Ceará, Provimento nº 08/2014/CGJ/CE, no seu art. 786:

> Art. 786 - Terá legitimidade para requerer a averbação qualquer pessoa (incumbindo-lhe as despesas respectivas) que tenha algum interesse jurídico no lançamento das mutações subjetivas e objetivas dos registros imobiliários.

> § 1º. Terão legitimidade para exigi-la não só os titulares do direito real, na qualidade de alienantes ou de adquirentes, como também os anuentes ou intervenientes no negócio jurídico.
>
> § 2º. As averbações, salvo nos casos em que poderão ser feitas *ex officio*, dependerão de requerimento escrito, com firma reconhecida, que poderá ser realizado em formulário padronizado do próprio Serviço, acompanhado de documentação comprobatória, fornecida pela autoridade competente.
>
> § 3º. Nas averbações *ex officio* ao encerramento de matrícula, tendo em vista que o imóvel em sua totalidade passou a pertencer à outra circunscrição imobiliária, o Oficial Registrador ficará isento de recolher os valores correspondentes ao FERMOJU, pois não recebeu emolumentos referentes ao ato praticado.

A exigência estabelecida pelo tabelião colide com a regra do art. 1.046 do Código de Normas do Serviço Notarial e Registral do Estado do Ceará quando este dispositivo legal impede que o Oficial de Registro estabeleça interpretação extensiva à lei federal:

> Art. 1046 - Os atos praticados pelos Notários e Registradores do Estado do Ceará, no exercício da função que lhes foram delegadas, ficam subordinados as determinações deste Código de Normas e das legislações Municipal, Estadual e Federal aqui referenciadas, não sendo admitido interpretações extensivas para exigências que necessitem da apresentação de novos documentos ou de sugestões apresentadas pelo Notário, Registrador, Substitutos, Escreventes ou assessores no sentido de reformular a redação dos títulos públicos, particulares ou judiciais apresentados para registro ou averbação, que não estejam essas sugestões, expressamente respaldadas na legislação especifica pertinente à matéria e neste Código.

Walter Ceneviva, na sua clássica obra Lei dos Registros Públicos Comentada (19ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 564) ensina que:

> O texto original da LRP enunciou no art. 167, II, treze hipóteses de averbação obrigatória, as quais sofreram acréscimos ao longo dos anos, sem interrupção previsível da sequência. A elas são aditadas as ocorrências que, por qualquer modo, modifiquem o registro. Mantém-se, portanto, o caráter acessório da averbação, que depende de matrícula e de registro, em sentido estrito, lançado no cartório imobiliário. A acessoriedade não lhe traduz, todavia, a importância. Tem significado de autenticidade, segurança e eficácia como o próprio registro principal ao qual diz respeito.

> Repercute no sistema jurídico, especialmente quanto à publicidade, um dos fins essenciais do assento imobiliário, cabendo ao oficial adotar, para a averbação, as mesmas cautelas observadas no registro em geral.

Em outro comentário, o citado autor ressalva que a averbação "reporta-se à matrícula", dizendo respeito "com o assentamento do bem e não com o negócio jurídico que o teve por objeto" (*ob. cit.,* . 568).

Nesta toada, a averbação conforma-se ao ato jurídico publicidade e é necessária para "garantir a oponibilidade e preservar a inoponibilidade a todos os terceiros", sendo instrumento legal de garantia dos atos jurídicos submetidos a registro ou averbação (ob. cit., pgs. 38/39).

Ressalto, outrossim, para que fique extreme de dúvidas: caso se tratasse de registro do título translativo da propriedade imobiliária as exigências contidas no detalhamento de pendências localizado às fls. 59/60 seriam plenamente pertinentes.

Este viés foi perfeitamente ressaltado quando do julgamento do REsp 848.070/GO (Rel. Ministro LUIZ FUX, julgado em 03/03/2009, DJe 25/03/2009), ocasião em que a PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, embora tratando acerca de embargos de terceiros e da Súmula nº 84/STJ, hipótese esta que não se assemelha ao caso concreto, assentou, no que se refere à transmissão da propriedade imobiliária, que:

> 1. A transmissão da propriedade de bem imóvel, na dicção do art. 1.245 do Código Civil, opera-se com o registro do título translativo no Registro de Imóveis, sem o qual o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.
> 2. A Lei 6.015, a seu turno, prevê a compulsoriedade do registro e averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintivos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, inter vivos ou mortis causa, quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.
> 3. Deveras, à luz dos referidos diplomas legais, sobressai clara a exigência do registro dos títulos translativos da propriedade imóvel por ato inter vivos, onerosos ou gratuitos, porquanto os negócios jurídicos, em nosso ordenamento jurídico, não são hábeis a transferir o domínio do bem. Assim, titular do direito é aquele em cujo nome está transcrita a propriedade imobiliária.

Maria Helena Diniz, por sua vez, afirma que:

> A averbação poderá ser provocada por qualquer pessoa, (incumbindo-lhe as despesas respectivas- Lei n. 6.015/73, art. 217) que tenha algum interesse jurídico no lançamento das mutações subjetivas e objetivas dos registros imobiliários. Terão legitimidade para exigi-la não só os titulares do direito real, na qualidade de alienantes ou de adquirentes, como anuentes ou intervenientes no negócio jurídico (RT, 506:113) objeto do assento, mas também aquele que, por alguma, razão, tenha natural interesse na averbação, mesmo que seu nome não figure no registro. (*Sistema de Registros de Imóveis*, 7ª edição, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 440/441)

Isto posto, conheço do apelo e dou-lhe provimento para determinar que as averbações já julgadas procedentes na sentença sejam realizadas nas matrículas nº 29.793, 25.022 e 25.029 do CRI da 2ª Zona de Fortaleza e também na transcrição nº 28.878 do Cartório de Registro de Imóveis do 1º Ofício desta Urbe sem a resolução das pendências levantadas pela Oficiala de Registro de Imóveis da 2ª Zona de Fortaleza, tendo em vista tratar-se apenas da publicidade do contrato de promessa de compra e venda e não da transferência da fração ideal dos imóveis em questão.

É como voto.

Fortaleza, 14 de janeiro de 2015.

PROCESSO: 0290271-32.2000.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTES: RAIMUNDO RODRIGUES DE SOUZA FILHO, MARIA AGLAIS CASTELO DE SOUZA, MÁRCIO GLEIDSON CASTELO DE SOUZA, FERNANDA CASTELO DE SOUZA, FERNANDO CASTELO DE SOUZA, CARLOS ALBERTO CASTELO DE SOUSA, MARIA GLAUCIA CASTELO DE SOUZA E MARIA SUELY CASTELO DE SOUZA
APELADO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. DECRETAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS. ENFITEUSE. DOMÍNIO ÚTIL. LEGITIMIDADE CONFERIDA AO ESPÓLIO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. A única argumentação recursal apresentada trata da legitimidade dos Apelantes em promover a presente demanda, uma vez que figuram como possuidores de fato do imóvel que veio a ruir devido a força das águas pluviais.

2. A hipótese em tablado não representa carência de legitimidade dos herdeiros, os quais atuam isoladamente, a bem de restar consignado aos mesmos somente o domínio útil através da Enfiteuse.

3. O magistrado do feito, ao estipular que o direito pleiteado somente restaria legítimo ao Espólio, aplica interpretação restritiva e exclusiva aos postulantes, os quais representam o mesmo conjunto de titulares do direito tutelado.

4. "Não é possível a extinção de ação proposta pelo espólio pleiteando indenização por danos morais e materiais sofridos pelos familiares do falecido, sem que antes seja oportunizado prazo para emenda da inicial, pois, apesar de no caso haver carência de ação por ilegitimidade ativa, o direito processual moderno se orienta pelo princípio da instrumentalidade das

formas, estando vinculado ao direito fundamental do indivíduo a uma duração razoável do processo, de sorte que, diante de uma nulidade processual, o juiz deve voltar-se muito mais à sua convalidação do que à sua decretação, sempre visando à função basilar do processo como instrumento de aplicação do direito material". (REsp 1143968/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 01/07/2013).

5. Recurso conhecido e provido. Anulação da sentença vergastada, para afastar a declaração de ilegitimidade ativa dos herdeiros e determinar o retorno dos autos à origem para que se dê continuidade a tramitação do feito, em obediência aos princípios da economia, celeridade e instrumentalidade.

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 a apelação cível nº. 0290271-32.2000.8.06.0001, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 26 de novembro de 2014

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível ajuizada por Raimundo Rodrigues de Souza Filho, Maria Aglais Castelo de Souza, Márcio Gleidson Castelo de Souza, Fernanda Castelo de Souza, Fernando Castelo de Souza, Carlos Alberto Castelo de Sousa, Maria Glaucia Castelo de Souza e Maria Suely Castelo de Souza, todos em oposição a sentença lavrada pelo Exmo. Juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza - CE que, nos autos da ação indenizatória julgou extinto o processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Em seu pleito exordial, os postulantes dissertam, em síntese, que a sentença vergastada foi omissa ao deixar de apreciar alguns argumentos essenciais para o deslinde da demanda. Narram que na noite do dia 15 de março de 1996 foram surpreendidos pela destruição do imóvel em que laboravam pela força das águas, decorrentes de fortes chuvas na cidade e a ausência de escoamento das águas pluviais devido ao acúmulo de lixo nos esgotos.

Afirmam que o pretérito proprietário do imóvel, Sr. Raimundo Rodrigues de Souza, já havia falecido em 28 de maio de 1990, contudo os promoventes continuaram residindo no imóvel, sendo possuidores de fato do bem, gozando, portanto de legitimidade para o ajuizamento da presente ação.

Solicitam a anulação da sentença combatida, para que seja novamente julgada, ou acaso não seja tal entendimento acolhido, requerem a reforma do julgado, julgando-se procedente os pedidos formulados pelos autores.

O Município de Fortaleza apresenta petitório à fl. 145, aduzindo a impossibilidade de recebimento e processamento do feito, uma vez que foi omitido o recolhimento do preparo, restando o recurso deserto, em consonância com o art. 511, do CPC.

Despacho do Juízo *a quo* rejeita o argumento apresentado, em vista da concessão dos benefícios da justiça gratuita

Recebidos os autos nesta Corte, remeteu-se os autos à Procuradoria Geral de Justiça para apresentar parecer opinativo.

Manifestação da Exma. Procuradora de Justiça, Carmelita Maria Bruno Sales, devolve os autos sem pronunciamento de mérito por entender que o feito não comporta interesse público ou, ainda, interesse individual indisponível, aptos a resultar na intervenção do *Parquet*.

Dirijam-se os autos à douta Revisão, de acordo com art. 33, II, do RITJCE.

Expedientes de estilo.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação cível passando ao exame dos argumentos apresentados pelas partes litigantes.

Conforme relatado, a única argumentação recursal apresentada trata da legitimidade dos Apelantes em promover a presente demanda, uma vez que figuram como possuidores de fato do imóvel que veio a ruir devido a força das águas pluviais.

O Juízo *a quo* elaborou despacho à fl. 113 dos autos determinando a regularização do polo ativo, e instou as partes a apresentarem documentos hábeis a comprovar a legitimidade dos postulantes.

Em sequência, não cumprida a ordem judicial, fl. 114, a Magistrada efetiva novo despacho para que as partes se manifestassem, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sobre o interesse no prosseguimento do feito. Cientificada somente uma das partes, à fl. 119, sem manifestação da parte adversa, o Magistrado de plano entendeu

não restar cumprida a comprovação da legitimidade ativa dos Recorrentes, carecendo o pleito das condições necessárias da ação.

Examinando os autos pode-se observar que o imóvel, objeto da Matrícula de nº. 40.135, inscrito no Cartório de Registro Imobiliário da 1ª Zona da Comarca de Fortaleza, consta como proprietário o Sr. Colombo de Sousa, tendo como enfiteuta o Sr. Raimundo Rodrigues de Souza, conforme fl. 41 dos autos.

Em documento que também dorme aos autos à fl. 44, se constata o óbito do Sr. Raimundo Rodrigues de Souza, na data de 28 de maio de 1990.

Esclareça-se que a Enfiteuse constitui-se como direito real sobre coisa alheia, pelo qual o proprietário ou senhorio direto, no caso em epígrafe, Sr. Colombo de Sousa, admite o fracionamento da propriedade concedendo a terceiro, no caso o enfiteuta, Sr. Raimundo Rodrigues de Souza, em caráter de perpetuidade, o domínio útil desse imóvel, do qual poderá usar, gozar, dispor, como também reavê-lo, mediante pagamento de uma renda anual, denominada de foro ou pensão.

A hipótese em tablado não representa carência de legitimidade dos herdeiros, os quais atuam isoladamente, a bem de restar consignado aos mesmos somente o domínio útil através da enfiteuse. Da análise fática dos dados se observa que o Enfiteuta faleceu anteriormente ao alegado dano sofrido no imóvel, e que a destruição ou ruína do mesmo veio a atingir diretamente os herdeiros e o cônjuge virago.

Assim, no caso em epígrafe, os herdeiros pleiteiam direito próprio, não se afigurando razoável ou proporcional com os princípios reitores do processo civil constitucional, imbuído dos valores da efetiva e célere prestação jurisdicional, a extinção do processo pela ilegitimidade ativa dos herdeiros. O magistrado do feito, ao estipular que o direito pleiteado somente restaria legítimo ao Espólio, aplica interpretação restritiva e exclusiva aos postulantes, os quais representam o mesmo conjunto de titulares do direito tutelado.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento paradigmático da Exma. Min Denise Arruda, assim entendeu a respeito da possibilidade dos herdeiros titularizarem ação indenizatória em que pretensamente restaria ofendido o falecido, tendo em vista a transmissibilidade do direito à reparação:

> RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. OFENDIDO FALECIDO. LEGITIMIDADE DOS SUCESSORES PARA PROPOR AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO À REPARAÇÃO.
> [...]

2. A questão controvertida consiste em saber se os pais possuem legitimidade ativa ad causam para propor ação, postulando indenização por dano moral sofrido, em vida, pelo filho falecido.
3. É certo que esta Corte de Justiça possui orientação consolidada acerca do direito dos herdeiros em prosseguir em ação de reparação de danos morais ajuizada pelo próprio lesado, o qual, no curso do processo, vem a óbito. Todavia, em se tratando de ação proposta diretamente pelos herdeiros do ofendido, após seu falecimento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui orientações divergentes. De um lado, há entendimento no sentido de que "na ação de indenização de danos morais, os herdeiros da vítima carecem de legitimidade ativa ad causam" (REsp 302.029/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 1º.10.2001); de outro, no sentido de que "os pais - na condição de herdeiros da vítima já falecida - estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos (...)". Isso, porque "o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, vol. 71/183)" (REsp 324.886/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 3.9.2001).
4. Interpretando-se sistematicamente os arts. 12, caput e parágrafo único, e 943 do Código Civil (antigo art. 1.526 do Código Civil de 1916), infere-se que o direito à indenização, ou seja, o direito de se exigir a reparação de dano, tanto de ordem material como moral, foi assegurado pelo Código Civil aos sucessores do lesado, transmitindo-se com a herança. Isso, porque o direito que se sucede é o de ação, que possui natureza patrimonial, e não o direito moral em si, que é personalíssimo e, portanto, intransmissível.
5. José de Aguiar Dias leciona que não há princípio algum que se oponha à transmissibilidade da ação de reparação de danos, porquanto "a ação de indenização se transmite como qualquer outra ação ou direito aos sucessores da vítima. Não se distingue, tampouco, se a ação se funda em dano moral ou patrimonial. A ação que se transmite aos sucessores supõe o prejuízo causado em vida da vítima" (Da Responsabilidade Civil, Vol. II, 4ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 1960, p. 854).
6. Como bem salientou o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no julgamento do REsp 11.735/PR (2ª Turma, DJ de 13.12.1993), "o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima".
7. "O sofrimento, em si, é intransmissível. A dor não é 'bem' que componha o patrimônio transmissível do de cujus. Mas me parece de todo em todo transmissível, por direito hereditário, o direito de ação que a vítima, ainda viva, tinha contra o seu ofensor. Tal direito é de natureza patrimonial. Leon Mazeaud, em magistério publicado no Recueil Critique Dalloz, 1943, pág. 46, esclarece: 'O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se entendesse (deve ser estendesse) ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do

morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano.
Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores'." (PORTO, Mário Moacyr, in Revista dos Tribunais, Volume 661, pp. 7/10).
8. "O dano moral, que sempre decorre de uma agressão a bens integrantes da personalidade (honra, imagem, bom nome, dignidade etc.), só a vítima pode sofrer, e enquanto viva, porque a personalidade, não há dúvida, extingue-se com a morte. Mas o que se extingue - repita-se - é a personalidade, e não o dano consumado, nem o direito à indenização. Perpetrado o dano (moral ou material, não importa) contra a vítima quando ainda viva, o direito à indenização correspondente não se extingue com sua morte. E assim é porque a obrigação de indenizar o dano moral nasce no mesmo momento em que nasce a obrigação de indenizar o dano patrimonial - no momento em que o agente inicia a prática do ato ilícito e o bem juridicamente tutelado sofre a lesão. Neste aspecto não há distinção alguma entre o dano moral e patrimonial. Nesse mesmo momento, também, o correlativo direito à indenização, que tem natureza patrimonial, passa a integrar o patrimônio da vítima e, assim, se transmite aos herdeiros dos titulares da indenização" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, pp. 85/88).
9. Ressalte-se, por oportuno, que, conforme explicitado na r. sentença e no v. acórdão recorrido, "o finado era solteiro e não deixou filhos, fato incontroverso comprovado pelo documento de fl. 14 (certidão de óbito), sendo os autores seus únicos herdeiros, legitimados, pois, a propor a demanda" (fl. 154). Ademais, foi salientado nos autos que a vítima sentiu-se lesada moral e fisicamente com o ato praticado pelos policiais militares e que a ação somente foi proposta após sua morte porque aguardava-se o trânsito em julgado da ação penal.
10. Com essas considerações doutrinárias e jurisprudenciais, pode-se concluir que, embora o dano moral seja intransmissível, o direito à indenização correspondente transmite-se causa mortis, na medida em que integra o patrimônio da vítima. Não se olvida que os herdeiros não sucedem na dor, no sofrimento, na angústia e no aborrecimento suportados pelo ofendido, tendo em vista que os sentimentos não constituem um "bem" capaz de integrar o patrimônio do de cujus.
Contudo, é devida a transmissão do direito patrimonial de exigir a reparação daí decorrente. Entende-se, assim, pela legitimidade ativa ad causam dos pais do ofendido, já falecido, para propor ação de indenização por danos morais, em virtude de ofensa moral por ele suportada.
11. Recurso especial do Estado de São Paulo conhecido, mas desprovido.
[...]
(REsp 978.651/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 26/03/2009).

Nestes termos, segue escólio do Exmo. Min. Luís Felipe Salomão:

> Não é possível a extinção de ação proposta pelo espólio pleiteando indenização por danos morais e materiais sofridos pelos familiares do falecido, sem que antes seja oportunizado prazo para emenda da inicial, pois, apesar de no caso haver carência de ação por ilegitimidade ativa, o direito processual moderno se orienta pelo princípio da instrumentalidade das formas, estando vinculado ao direito fundamental do indivíduo a uma duração razoável do processo, de sorte que, diante de uma nulidade processual, o juiz deve voltar-se muito mais à sua convalidação do que à sua decretação, sempre visando à função basilar do processo como instrumento de aplicação do direito material. (REsp 1143968/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 01/07/2013).

Conclui-se que às partes Apelantes socorre o direito de dar continuidade ao feito reparatório, uma vez que o direito questionado envolve aspectos materiais advindos de uma hipotética lesão que atingiu cada um dos herdeiros individualmente.

Assim, deve ser anulada a sentença vergastada uma vez que a decretação de ilegitimidade dos herdeiros representa ofensa aos princípios da economia, celeridade e instrumentalidade, na medida em que a simples alteração dos nomes dos autores supriria tal vício.

Pelas razões acima expendidas, CONHEÇO do apelo, para DAR-LHE PROVIMENTO, anulando-se a sentença vergastada, para afastar a declaração de ilegitimidade ativa dos herdeiros e determinar o retorno dos autos à origem para que se dê continuidade a tramitação do feito, em obediência aos princípios da economia, celeridade e instrumentalidade.

É como voto.

Fortaleza, 26 de novembro de 2014.

PROCESSO Nº 0110214-72.2007.8.06.0001/1
REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: RAIMUNDO NONATO PRADO DE AGUIAR
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: TRIBUTÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURADA. CONEXÃO. RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE. INEXISTENTE. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA. DÉBITOS COBRADOS EM EXECUÇÕES FISCAIS. AUSÊNCIA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. LEGALIDADE DA INSCRIÇÃO NO CADINE. REEXAME E APELAÇÃO CONHECIDOS E PROVIDOS.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o prazo para impetração do mandado de segurança se conta do conhecimento do ato pelo qual se concretiza a ofensa a direito líquido e certo do impetrante. Preliminar rejeitada.

2. A natureza da ação mandamental objetiva exclusivamente a proteção de direito líquido e certo contra ato certo e determinado, ao passo que as Execuções Fiscais contra o apelado, examinam a questão de forma mais profunda. Assim, o presente *writ of mandamus* em nada se opõe, ou compromete, os atos executivos fiscais nas referidas ações executivas, pois apenas visa a declarar a situação do contribuinte, ora apelado, perante o Fisco Estadual, circunscrita a determinado momento. Preliminar rejeitada.

3. No caso, o apelado possui débitos inscritos na Dívida Ativa Estadual, no valor de R$ 145.211,82 (cento e quarenta e cinco mil duzentos e onze reais, oitenta e dois centavos). Por outro

lado, na espécie, não há notícia de que ocorreram as hipóteses legais de suspensão da exigibilidade do crédito (art. 151, do CTN). Dessa forma, não há dúvida de que o apelado não tem direito à expedição de certidão de débitos negativa.
4. Reexame Necessário e Apelação conhecidos e providos.

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 Reexame Necessário e do Recurso de Apelação, dando-lhes provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 1 de setembro de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de Reexame Necessário e Apelação Cível interposta pelo ESTADO DO CEARÁ contra sentença oriunda do Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública, proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0110214-72.2007.8.06.0001/0, impetrado por RAIMUNDO NONATO PRADO DE AGUIAR, que concedeu a segurança, determinando a abstenção, pelo Estado do Ceará, de negar-se a expedir Certidão Positiva com efeito de Negativa, em prol do impetrante.

Narra o apelado, na inicial, que lhe foi indeferido o pedido de expedição de Certidão Negativa de Débitos Fiscais, junto ao órgão competente, a Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará.

Informa que a autoridade fazendária acionada negou-lhe a referida certidão, por seu nome constar do Cadastro de Inadimplentes da Fazenda Pública Estadual – Cadine, em razão de ser sócio (corresponsável) das sociedades empresárias Coreaú Calcário Ltda. e Organização Sigma Exportadora S/A, ambas com débito fiscal pendente de R$ 145.211,82 (cento e quarenta e cinco mil duzentos e onze reais, oitenta e dois centavos).

Alega, contudo, que tal restrição de obter a certidão aludida é ilegal, na medida em que as pessoas jurídicas são distintas da pessoa física, integrante dos

respectivos quadros societários. Tanto que, segundo afirma, o sócio-gerente de uma sociedade empresária somente pode ser responsabilizado, pessoalmente, pelas obrigações tributárias, caso tenha atuado com excesso de poder, infração à lei ou ao contrato ou estatuto sociais (art. 135, III, do CTN). Sendo assim, o comportamento do Fisco Estadual apresenta-se como meio coercitivo para pagamento de tributo, vedado pelos Tribunais Superiores.

Nessa trilha, o magistrado de piso concedeu-lhe a segurança, contra a qual insurge-se o Estado do Ceará, alegando, nas razões recursais, preliminarmente, decadência do direito de requerer mandado de segurança, conquanto decorridos mais de 120 (cento e vinte) dias da inscrição do nome do apelado no Cadine. Outrossim, afirma haver conexão entre o vertente *mandamus* e duas ações executivas fiscais, que tramitam na 3ª Vara das Execuções Fiscais de Fortaleza.

No mérito, reafirma ser o apelado devedor de dívidas líquidas e certas, inscritas na Dívida Ativa do Estado do Ceará e representadas por Certidões de Dívida Ativa – CDA's, razão pela qual o seu nome encontra-se inscrito no Cadine, com base no art. 119 do Decreto Estadual nº 24.569/RICMS, e foi-lhe recusada a Certidão Negativa de Débitos Fiscais, com fulcro no art. 120, do citado diploma legal, e nos arts. 205 e 206, do CTN.

Requer a declaração de nulidade da sentença ou, se assim não entendido, a reforma do *decisum* recorrido.

Em suas contrarrazões, o apelado afirma a viabilidade do vertente *writ*, tendo em vista que o ato coator consubstancia-se na denegação da expedição da Certidão Negativa de Débitos Fiscais, pela autoridade coatora apontada na inicial, cuja negativa deu-se a menos de 120 (cento e vinte) dias do ajuizamento da ação mandamental.

No que tange à alegada existência de conexão entre o presente *mandamus* e as ações executivas fiscais, assevera equivocada a interpretação do Fisco Estadual, na medida em que os precedentes citados não guardam relação com o caso concreto.

No mérito, reafirma bastante o fundamento da sentença, requerendo a confirmação da decisão singular.

A Procuradora de Justiça opina pela anulação da sentença, dada a incompetência absoluta do Juízo Fazendário, devendo os autos serem remetidos ao Juízo da 3ª Vara da Execuções Fiscais, onde tramitam ações executivas fiscais relacionadas à pessoa do apelado.

É o relatório.

Sem revisão. Inclua-se em pauta de julgamento.

VOTO

1. Decadência

A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que o prazo para impetração do mandado de segurança tem início a partir do conhecimento efetivo do ato impugnado, pelo qual se concretiza a ofensa a direito líquido e certo do impetrante.

Nesse sentido, vale conferir o seguinte precedente daquela Corte Superior, a título de ilustração:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DECADÊNCIA AFASTADA. SUBJETIVIDADE DA AVALIAÇÃO. SÚMULA 07/STJ.
> 1. Ressente-se o recurso especial do devido prequestionamento no tocante à preliminar de litisconsórcio passivo necessário, já que a matéria não foi objeto de emissão de juízo pelo acórdão recorrido.
> Incidência da Súmula 282/STF.
> 2. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o prazo para impetração do mandado de segurança não se conta da publicação do edital do concurso, mas do conhecimento do ato pelo qual se concretiza a ofensa a direito líquido e certo do impetrante.
> 3. Não há julgamento *extra petita* quando a Corte de origem decide a matéria dentro dos limites que lhe foi proposto pelas partes.
> 4. A convicção a que chegou o acórdão recorrido no tocante à subjetividade do exame psicotécnico decorreu da análise do conjunto fático-probatório, de forma que o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, o que é obstado pela Súmula 7 desta Corte.
> 5. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no REsp 1299989/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 29/04/2013)

A esse respeito, válido transcrever os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES, *in* Mandado de Segurança. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, *in verbis*:

> "O prazo para impetrar mandado de segurança é de cento e vinte dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado. Este prazo é de decadência do direito à impetração, e, como tal, não se suspende nem se interrompe desde que iniciado. A fluência do

> prazo só se inicia na data em que o ato a ser impugnado se torna operante ou exequível, vale dizer, capaz de produzir lesão ao direito do impetrante."

Na espécie, o apelado impetrou o vertente *writ of mandamus* poucos dias após a denegação do pedido administrativo de expedição da Certidão Negativa de Débitos Fiscais. Com efeito, o documento no qual consta a informação de débito fiscal contra o apelado (Certidão Positiva de Débitos Estaduais), é datado de 19/12/2007, tendo sido a ação mandamental protocolizada em 26/12/2007 (fls. 04; 14).

Assim, improcede o argumento do Estado do Ceará, a advogar a tese de que o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, previsto no art. 23, da Lei nº 12.016/2009, teria como termo inicial a inscrição do nome do devedor no Cadine. Como visto, o ato que desencadeou a pretensão do autor do *writ* foi a expedição daquela Certidão Positiva de Débitos Fiscais, emitida em 19/12/2007, e não a sua inscrição no órgão de cadastro de inadimplentes fiscais, quiçá desconhecida (a inscrição) por ele.

Nesses termos, na trilha da jurisprudência do STJ e em conformidade com o art. 23, da Lei nº 12.016/2009, rejeito a preliminar de decadência, arguida pelo Estado do Ceará.

2. Incompetência Absoluta

A incompetência absoluta constitui-se em vício processual *insanável*, na medida em que significa afronta ao interesse público, configurando verdadeira burla ao princípio do juiz natural. Assim, sendo a competência pressuposto processual de validade, a sua ausência implicará *invalidade do processo*, mesmo após o trânsito em julgado da decisão judicial, desde que impugnada pela ação rescisória.

In casu, o Estado do Ceará argui a incompetência absoluta do Juízo Fazendário para conhecer de mandados de segurança conexos com ações executivas fiscais, por força do que dispõe o art. 110, do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará (Lei Estadual nº 12.342/94). O ente fazendário afirma que a ação mandamental, impetrada pelo apelado, na origem, deveria ter sido conhecida e julgada pela 3ª Vara de Execuções Fiscais e de Crimes contra a Ordem Tributária, visto que tramitam duas ações executivas fiscais, naquele Juízo, a envolver o apelado e as pessoas jurídicas das quais é sócio (Processos nºs. 426187-38.2000.8.06.0001 e 435316-67.2000.8.06.0001).

O citado artigo de lei estabelece que aos Juízes de Direito das Varas de Execuções Fiscais e de Crimes contra a Ordem Tributária compete o processo e

julgamento das ações *decorrentes* das execuções fiscais, como mandados de segurança, repetição de indébito, anulatória do ato declarativo da dívida, ação cautelar fiscal (Lei nº 8.397/92) e outras.

A reunião de processos, de fato, visa a evitar a prolação de decisões conflitantes, recomendando o *simultaneus processus*. Realmente, entre uma ação de execução e outra ação que se oponha ou possa comprometer os atos executivos, haverá evidente laço de *conexão* (art. 103, do CPC), a determinar, em nome da segurança jurídica e da economia processual, a *reunião dos processos*, prorrogando-se, a princípio, a competência do juiz que despachou em primeiro lugar (art. 106, do CPC).

Por outro lado, ainda que patente a *conexão por prejudicialidade* entre tais ações, a existência de vara especializada de execuções fiscais impedirá a reunião dos processos, caso a ação diversa da executiva fiscal tenha sido interposta anteriormente, porquanto o Juízo no qual tramita não possui competência para julgar execuções fiscais. Dessarte, a conexão não possibilita a modificação da competência absoluta, impedindo, assim, a reunião dos feitos num mesmo Juízo, que deverão tramitar separadamente. Precedentes: CC 105.358/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, DJe 22/10/2010; AgRg no Ag 1233761/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 28/09/2010.

Caso contrário, isto é, se a ação diversa da executiva fiscal houver sido ajuizada posteriormente, competente será a vara especializada de execuções fiscais, ante a regra plasmada no supracitado artigo da Lei de Organização Judiciária local, o qual estabelece que, não somente as ações executivas fiscais, mas também aquelas *decorrentes* delas, como mandados de segurança, repetição de indébito, anulatória do ato declarativo da dívida, ação cautelar fiscal e outras, deverão tramitar nas Varas de Execuções Fiscais e de Crimes contra a Ordem Tributária. Nesses moldes, tais ações, ainda que eventualmente distribuídas separadamente, deverão ser reunidas, não porque simplesmente conexas, mas em razão do estabelecimento de verdadeira *competência absoluta* daquelas varas especializadas.

Todavia, no caso em tablado, ao contrário do que declara o apelante e assinala a Procuradora de Justiça, oficiante neste processo, não vislumbro incompetência absoluta do Juízo Fazendário de conhecer de mandados de segurança que visam, unicamente, à aferição da existência de direito líquido e certo de obtenção de certidão, positiva ou negativa de débitos fiscais, emitida por órgão público, para satisfação de interesse particular do contribuinte.

Isso porque tal *mandamus* veicula pretensão, cuja certificação depende, estritamente, da análise objetiva, em dado momento, dos requisitos legais e infralegais para a obtenção da certidão pleiteada pelo contribuinte. Assim, se o contribuinte satisfizer tais condições, regulamentadas pelo Fisco Estadual, terá direito à certidão negativa; se, pelo contrário, faltar-lhe algum requisito, ser-lhe-á emitida certidão positiva. Vê-se, pois, que se trata de condição extremamente volátil, na medida em que o contribuinte, por vezes, poderá estar, de fato, em débito com o Fisco, por outras, livre de pendências fiscais.

Constitui-se, tal certidão, em ato administrativo meramente *enunciativo* da condição do contribuinte perante o Fisco, portanto, sem qualquer *conexão* com o provimento judicial das referidas ações executivas fiscais, em trâmite na 3ª Vara de Execuções Fiscais e de Crimes contra a Ordem Tributária de Fortaleza, consoante informa o Estado do Ceará.

Com efeito, é de se ver que a presente ação mandamental em nada se opõe, ou compromete, os atos executivos fiscais nas referidas ações executivas, pois apenas visa a declarar a situação do contribuinte, ora apelado, perante o Fisco Estadual, circunscrita a determinado momento. Da mesma forma, eventual certidão positiva de débito fiscal, emitida contra o contribuinte, não significa que, resolvidas suas pendências fiscais, não possa obter, posteriormente, certidão negativa.

Inobstante, assinalo que há precedentes, neste Tribunal de Justiça, a albergar a tese do apelante, *verbis:*

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 558, CAPUT. AFERIÇÃO DE RELEVÂNCIA. **CONEXÃO POR PREJUDICIALIDADE. SIMULTANEUS PROCESSUS. NECESSÁRIO PROCESSAMENTO. EXECUÇÃO FISCAL.** RESPONSABILIDADE DE SÓCIO INDICADO NA CDA. ÔNUS DA PROVA. INCUMBÊNCIA. PRECEDENTES STJ E TJ/CE. - **Noticiam os autos, Agravo de Instrumento interposto pelo ESTADO DO CEARÁ, em face de decisão que, promanada do douto Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, concedera o provimento liminar requestado no âmbito do Mandado de Segurança nº 2008.0029.8333-4/0, determinando que se proviesse a expedição de certidão negativa de débitos em nome do agravado.** - Conforme manifestação anterior, "sustenta o agravante, em síntese, que há conexão entre o mandado de segurança em questão e as execuções fiscais promovidas em face do agravado e da empresa Alfa Comércio e Indústria do Vestuário Ltda., devendo, por isso, ser determinada sua reunião ao processo de nº 2000.0126.9109-0 (execução fiscal mais antiga), em trâmite perante a

> 2ª Vara de Execução Fiscal. Aduz que o nome do agravado consta das diversas Certidões da Dívida Ativa, o que torna a responsabilidade do sócio presumida e, segundo jurisprudência do STJ, cabe ao sócio provar que não agiu com dolo, má-fé ou excesso de poderes. Alega, ainda, que os autos de infração incluem ilicitudes praticadas na época em que o agravado exercia a direção da empresa." (sic às fls. 129/130) - **Na hipótese, fora deferido o pedido de efeito suspensivo, cassando a medida liminar e determinando a remessa dos autos ao Juízo da 2ª Vara de Execuções Fiscais**. - Observando o contexto litigioso em que se mostra inserido o agravante, o pronunciamento da Corte deve ser guiado pelos desígnios estabelecidos no *caput* do art. 558 do CPC, estes inflectidos no *decisum ad quem*. - **Na oportunidade, assentou-se:"Com efeito, tem-se por verificado o vínculo de prejudicialidade entre o objeto litigioso do mandado de segurança e as execuções fiscais referidas pelo agravante, vez que o resultado destas condiciona o teor do pronunciamento judicial no presente caso. O reconhecimento da conexão por prejudicialidade dá-se em razão da flagrante necessidade de processamento simultâneo da presente causa com as execuções fiscais promovidas em face do agravado, de modo a evitar o risco de decisões conflitantes."** (fl. 130) - Mormente o tema conexão por prejudicialidade e *simultaneus processus*, selam-se dúvidas ao reconhecimento, porquanto o *writ*, cujo objetivo importa na expedição de certidão positiva de débito com efeito de negativa, guarda íntima relação com a interjeição executiva corrente à 2ª Vara de Execuções Fiscais. - Ademais, a presunção de liquidez e certeza do título executivo faz com que, nos casos em que o nome do sócio conste da CDA, o ônus da prova seja transferido ao gestor da sociedade. Nesse sentido: AgRg no AgRg no Ag 1217410/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 04/02/2011. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO DE SUSPENSIVIDADE.
> (Agravo de Instrumento nº 1586087200980600000, Rel. Vera Lúcia Correia Lima, 4ª Câmara Cível, TJCE, Registrado em 11/03/2011)

Porém, também encontro julgados em sentido contrário, aos quais filio-me, dadas as razões acima expostas.

A título de ilustração:

> APELAÇÃO CÍVEL. **MANDADO DE SEGURANÇA. OBTENÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. ABSTENÇÃO DE INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NO CADINE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DÉBITO DISCUTIDO EM AÇÃO ORDINÁRIA.** INEXISTÊNCIA DE DECISÃO ACERCA DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 1. **O cerne da presente**

demanda repousa acerca da possibilidade de exclusão do nome do Apelante do CADINE, bem como da possibilidade de expedição de certidão positiva com efeito de negativa quando o débito tributário encontra-se sob discussão judicial. 2. **Não merece prosperar a tese de que o presente writ deveria ter sido redistribuído de ofício para a 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, onde tramita a Ação Ordinária de Compensação de Créditos Tributários com Precatórios, porquanto a natureza da ação mandamental objetiva exclusivamente a proteção de direito líquido e certo contra ato certo e determinado, ao passo que o processo ordinário examina a questão de forma mais profunda.** Ademais, a causa de pedir e os objetos que envolvem as citadas ações são distintos, não havendo que se falar em conexão. 3. **Em virtude de inexistir qualquer decisão suspendendo a exigibilidade da obrigação tributária na Ação Ordinária, verifica-se que o Apelante continua devedor do Fisco, não sendo possível, através da via mandamental, emitir certidão positiva com efeitos de negativa e excluir o seu nome do CADINE, pois o ajuizamento de ação judicial discutindo débito não acarreta a inexigibilidade ou suspensão do crédito tributário, nem confere direito líquido e certo ao Impetrante.** Precedente do STJ. 4. Apelação Cível conhecida e desprovida. Sentença mantida.
(Apelação nº 10401364200780600011, Rel. Manoel Cefas Fonteles Tomaz, 6ª Câmara Cível, TJCE, Registrado em 20/11/2012)

Agravo de instrumento. **Mandado de segurança. Liminar deferida para excluir o nome do impetrante do cadastro de inadimplência da fazenda pública estadual (cadine), viabilizando-se a expedição de certidão negativa de débito - CND.** 1ª preliminar: Ilegitimidade passiva ad causam da autoridade apontada como coatora. Agente que ostenta poderes para reverter o ato impugnado. Rejeição da preliminar. **2ª preliminar: Conexão entre o mandamus e ação executiva proposta na 3ª vara de execuções fiscais. Partes, pedidos e causas de pedir distintas. Preliminar rejeitada.** Mérito. Débito fiscal de responsabilidade da sociedade empresária. Sócio impedido de obter certidão negativa de débito - CND. Ilegalidade. Pessoa física e jurídica. Personalidades distintas. Ônus da fazenda pública de comprovar que o sócio agiu com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN. Precedentes do egrégio STJ e desta colenda corte. Agravo conhecido e improvido. 1. Preliminar de ilegitimidade passiva. A estrutura da organização da administração pública, ainda mais no que se refere à distribuição de competências, dificulta o apontamento deste ou daquele agente que detém poder para realizar, corrigir ou desfazer determinados atos administrativos. 2. Na hipótese, o agente impetrado, na condição de coordenador de admininistração tributária, ostenta, sem dúvida, plenos poderes para acolher ou rejeitar o ato impugnado. Destaco, por oportuno, que já era possível, até mesmo na lei anterior (Lei nº 1533/51) com base no

> art. 284, do CPC (aplicação subsidiária) emendar a inicial, afastando, com esta medida, a extinção do mandamus, inclusive nos casos de erro quanto à escolha das partes que integram o pólo passivo ou ativo da relação jurídica processual, isto com o propósito de suplantar, de logo, questões processuais viabilizando encurtar o espaço temporal de oferecimento da prestação jurisdicional. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. 2. **Preliminar de conexão. De igual modo, não se entremostra a conexão apontada, porque neste caso a pretensão é apenas de exclusão do nome do agravado do CADINE, sendo, portanto, diversa do pedido e da causa de pedir das pautadas ações executivas propostas contra a sociedade empresarial, não se enquadrando, deste modo, nas hipóteses previstas no art. 103, do Código de Processo Civil. Preliminar rejeitada.** 3. Mérito. Pretende o agravante - é bom lembrar - obter certidão negativa de débito de sua pessoa física, que não se confunde, obviamente, com a personalidade jurídica da sociedade. 4. Daí, para responsabilizá-lo, cabe ao fisco, nesta hipótese, provar prática de ato doloso, mediante fraude, excesso de poder ou infração de lei, contrato ou estatuto, embora ainda que seja certo que a certidão da dívida ativa ostenta presunção de certeza e liquidez, ainda que o sócio fosse, na época, gerente da empresa, precedentes do STJ. Demais, os autos demonstram, que na época da infração, o agravado não mais exercia a gerência da empresa (fls. 35). O e. Ministro Castro Meira, membro do Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou neste sentido, ao julgar o REsp nº 971.695 (julgado em 18/03/2008, publicado em 01/04/2008) - "A CDA goza de presunção de certeza e liquidez, admitindo, portanto, a promoção de execução fiscal. Ocorre que, em sede de mandado de segurança, tal presunção não é suficiente a obstaculizar o direito dos impetrantes/embargados de obter a certidão negativa de débito. Opera-se ela tão somente com relação à pessoa jurídica indicada, porque, relativamente aos seus sócios, há de restar configurado o fato de haverem sido eles os responsáveis pelo ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, em suma, pelo ato ensejador da expedição de CDA". Portanto, não me convencendo, rejeito a pretensão recursal. 5. Agravo conhecido e improvido.
> (Agravo de Instrumento nº 2712557200780600000, Rel. Emanuel Leite Albuquerque, 1ª Câmara Cível, TJCE, Registrado em 11/11/2010)

Em arremate, verifico que as situações nas quais a jurisprudência do STJ admite conexão e, consequentemente, reunião de processos, são aquelas em que há evidente *relação de prejudicialidade* entre eles, sendo que o desiderato de um influenciará no do outro, inevitavelmente, a exemplo da coexistência de ação anulatória de débito fiscal e ação de execução fiscal.

Exemplificando:

> PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. CONEXÃO. JULGAMENTO SIMULTÂNEO. COMPETÊNCIA. **Havendo conexão entre execução fiscal e ação anulatória de débito fiscal, impõe-se a reunião dos processos, de modo a evitar decisões conflitantes;** espécie em que, ajuizada primeiro a execução fiscal, o respectivo juízo deve processar e julgar ambas as ações. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no AREsp 129.803/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 15/08/2013)

Tanto que as citações de ementas do STJ, transcritas pelo apelante, são todas referentes a tais situações (cf. fls. 139/142).

Frente a tais considerações, rejeito a preliminar de incompetência absoluta, conquanto inexistente conexão entre a presente ação mandamental e as ações executivas fiscais, referidas pelo apelante.

3. Direito Líquido e Certo

O mandado de segurança constitui-se em instrumento processual de natureza constitucional, que só tem cabimento para tutela emergencial de direito líquido e certo, violado por ato abusivo de autoridade pública. Por direito líquido e certo entendem, à unanimidade, a doutrina e jurisprudência atuais, o que se erige de fatos incontroversos e, como tal, somente são havidos os que se demonstram, *in limine litis*, por meio de prova documental.

Assim, não havendo dilação probatória em mandado de segurança, o direito invocado deve estar revestido, de maneira cristalina, de liquidez e certeza. Na abalizada lição do saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES, *"direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais"* .

E continua o festejado administrativista: *"Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito*

líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança."

No caso, o apelado possui débitos inscritos na Dívida Ativa Estadual, no valor de R$ 145.211,82 (cento e quarenta e cinco mil duzentos e onze reais, oitenta e dois centavos), consoante extraio do documento de fl. 14, e das CDA's de fls 48; 52; 54; 57; 63; 72; 82; 84; 88; 90; 92.

Dispõe o Código Tributário Nacional, no Capítulo III, referente às Certidões Negativas, que:

> Art. 205 – A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.
>
> Parágrafo único – A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.
>
> Art. 206 – **Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.**

Da leitura do art. 206 do CTN, resta claro que a certidão positiva com efeito negativa somente pode ser expedida quando a *exigibilidade* do crédito estiver *suspensa*. O próprio Código Tributário Nacional disciplina as hipóteses de suspensão do crédito tributário. Confira-se:

> Art. 151 – Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:
> I – moratória;
> II – o depósito do seu montante integral;
> III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;
> IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança;
> V – a concessão de liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;
> VI – o parcelamento.
> Parágrafo único – O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

O professor HUGO DE BRITO MACHADO, *in Curso de Direito Tributário*, 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 199/200, leciona que:

> "O crédito tributário, por sua própria natureza, é exigível. A exigibilidade, que decorre da liquidez e certeza, é atributo essencial dele. Constituído o crédito tributário nasce a exigibilidade. Por isto mesma a Fazenda Pública, que não tem ação para cobrar a obrigação tributária – desprovida, esta, dos atributos de liquidez, certeza e exigibilidade -, tem ação de execução para haver o crédito tributário. E pode formalizar, unilateralmente, o título executivo, que é a certidão de inscrição desse crédito como Dívida Ativa. A exigibilidade do crédito tributário, porém, pode ser suspensa. A suspensão, nos termos do que estabelece o art. 151 do Código Tributário Nacional, pode dar-se inclusive durante o procedimento de sua constituição, antes de sua constituição definitiva, pelo ato administrativo que o declara, encerrando o procedimento administrativo de lançamento. Por isto se diz que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pode ser: a) prévia, operando-se antes do surgimento da própria exigibilidade, porque no curso do próprio procedimento de constituição do crédito, caso em que mais propriamente se devia dizer impedimento, em lugar de suspensão; e b) posterior, operando-se depois que o crédito está constituído e por isto mesma é exigível. Nos termos do art. 151 do CTN, suspendem a exigibilidade do crédito tributário: (a) a moratória; (b) o depósito de seu montante integral; (c) as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; (d) a concessão da medida liminar em mandado de segurança; (e) a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (f) o parcelamento."

Na espécie, não há notícia de que ocorreram as hipóteses do artigo transcrito. Dessa forma, não há dúvida de que o apelado não tem direito à expedição de certidão de débitos negativa. Não se trata, a hipótese, de coação para cobrança de tributos, mas de cumprimento dos requisitos da lei. O que não se pode admitir é a utilização do mandado de segurança para se obter, por via transversa, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Quanto à inscrição do nome do recorrido no Cadine, não há como negar a legalidade da medida. A Lei nº 12.411/95 - que instituiu o Cadastro de Inadimplência da Fazenda Pública Estadual – CADINE, estabelece que:

> Art. 2º – O cadastro de que trata a presente Lei tem por finalidade fornecer à Administração Pública informações e registros relativos à inadimplência de obrigações para com a Fazenda Estadual, de natureza tributária ou não.

> § 1º – Para o efeito no disposto neste Artigo, consideram-se inadimplentes as pessoas físicas ou jurídicas enquadradas nas seguintes hipóteses**:**
> a) com débito inscrito na Dívida Ativa do Estado;

Regulamentando referida legislação, o Decreto nº 23.661, de 20 de abril de 1995, dispõe que:

> Art. 2º – O CADINE tem por finalidade fornecer à Administração Pública informações e registros relativos à inadimplência de obrigações para com o Erário Estadual, de natureza tributária ou não.
> § 1º – Serão incluídos no cadastro a que se refere este artigo as pessoas físicas ou jurídicas que:
> I – possuam débitos de qualquer natureza inscritos na Dívida Ativa do Estado;
> (…)
> Art. 3º – As pessoas físicas ou jurídicas e seus representantes legais cujos nomes venham a integrar o CADINE ficarão impedidas de:
> (…)
> III – obter Certidão Negativa de Débitos Fiscais ou Certificado de Regularidade de Débitos Fiscais, emitidos pela Secretaria da Fazenda;

Por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 459639-42.2000.8.06.0000/0, ocorrido em 03/08/2009, o hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça, à época, Desembargador RAUL ARAÚJO FILHO, assentou que *"é possível a inscrição do nome dos contribuintes inadimplentes no Cadastro de Inadimplência da Fazenda Pública Estadual (CADINE), visando-se, com isso, à proteção do sistema de crédito, resguardando o interesse de terceiros, assim como a própria Fazenda Pública. Precedentes do Eg. Superior Tribunal de Justiça."***.**

E, mais recentemente, colho o seguinte precedente desta Corte de Justiça:

> TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. DÉBITOS DISCUTIDO EM AÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. LEGALIDADE DA INSCRIÇÃO NO CADINE. REEXAME E APELO CONHECIDOS E PROVIDOS. SENTENÇA REFORMADA.
> 1. A teor do art. 206 do Código Tributário Nacional, a certidão de débitos positiva com efeito de negativa somente pode ser expedida quando a exigibilidade do crédito estiver suspensa**.**

> 2. O simples ajuizamento de ação ordinária de compensação, sem que tenha sido concedida medida liminar ou tutela antecipada, não leva à suspensão da exigibilidade do crédito. Dessa forma, restando demonstrada a existência de débitos e a não ocorrência das hipóteses previstas no art. 151 do CTN, correto o ato da autoridade em não fornecer certidão positiva com efeito de negativa e inscrever a impetrante no CADINE.
> 3. Reexame e apelo conhecidos e providos. Sentença reformada.
> (TJCE. 3ª CC. Reexame Necessário nº 0090191-08.2007.8.06.0001. Relator Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes. Julgada em 14/04/2014)

Nesse mesmo sentido, o STJ admite que o crédito público inscrito em dívida ativa seja também registrado em cadastros de proteção ao crédito, independentemente de sua cobrança, mediante Execução Fiscal. É o que se conclui da análise dos precedentes abaixo:

> MANDADO DE SEGURANÇA. DÍVIDA DE NATUREZA TRIBUTÁRIA. INCLUSÃO NO SERASA. POSSIBILIDADE.
> 1. É possível a inclusão de débitos de natureza tributária inscritos em dívida ativa nos cadastros de proteção ao crédito, independentemente de sua cobrança mediante Execução Fiscal.
> 2. Hipótese em que a impetrante não questiona o débito em si, mas apenas sua inclusão no Serasa.
> 3. Recurso Ordinário não provido.
>
> (RMS 31.859/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 01/07/2010)
>
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR DO CADIN. ART. 7º DA LEI 10.722/2002.
> 1. O STJ pacificou o entendimento de que a discussão judicial da dívida não autoriza a exclusão dos dados do devedor do CADIN sem que sejam observados os requisitos do art. 7º da Lei 10.722/2002.
> (...)
> (AgRg nos EREsp 993.247/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 21/08/2009)
>
> ADMINISTRATIVO. CADIN. INSCRIÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE FATURAMENTO.
> 1. A existência de discussão judicial acerca do débito não obsta a inscrição do contribuinte no Cadin. Precedentes.
> 2. Recurso especial provido.
> (REsp 904.277/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2007, DJ 23/03/2007 p. 402)

Assim, restando demonstrada a existência de débitos e a não ocorrência das hipóteses previstas no art. 151 do CTN, correto o ato da autoridade em não fornecer certidão negativa de débitos fiscais, mantendo o nome do apelado no Cadine.

4. Dispositivo

Diante do exposto, CONHEÇO do Reexame Necessário e do Recurso de Apelação interposto pelo Estado do Ceará, para DAR-LHES PROVIMENTO, com o fim de reformar a sentença, denegando a segurança requestada.

É o voto.

Fortaleza, 1 de setembro de 2014.

PROCESSO: 0011737-30.2013.8.06.0154
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE QUIXERAMOBIM
AUTOR: ANA VITÓRIA DE OLIVEIRA DA SILVA REPRESENTADA POR MARIA JOSINETE DE OLIVEIRA DA SILVA
RÉU: COORDENADORA DA ESCOLA DE EDUCAÇÃO E ENSINO PROFISSIONALIZANTE DR. JOSÉ ALVES DA SILVEIRA
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. MATRÍCULA DE JOVEM DE 13 ANOS NO CURSO PROFISSIONALIZANTE DE JOVENS E ADULTOS, INDEPENDENTEMENTE DA IDADE MÍNIMA ESTABELECIDA (14 ANOS). DECISÃO MANTIDA. Não há ilegalidade na decisão que determina, que o gestor estadual promova a matrícula de adolescente de 13 anos no curso de formação de jovens e adultos disponível em escola estadual, independentemente do limite mínimo de idade (14 ANOS), tendo em vista o ordenamento constitucional que garante o acesso incondicional do estudante à educação, ensino e Treinamento Técnico. RECURSO DE OFÍCIO 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 reexame necessário de sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Quixeramobim-CE, que concedeu a segurança pleiteada no Mandado de Segurança impetrado por Ana Vitória de Oliveira da Silva, menor impúbere representada por sua genitora Maria Josinete de Oliveira da Silva, em desfavor da Coordenadora da

Escola de Educação e Ensino Profissionalizante Dr. José Alves da Silveira, devidamente qualificados nos autos.

A impetrante interpôs o referido *mandamus* objetivando sua inscrição no teste de seleção da Escola de Educação e Ensino Profissionalizante, garantindo o amplo acesso a todas as fases do teste seletivo.

Afirma a autora que, em 07/dezembro/2013, teve negado seu requerimento de inscrição no citado teste, sob o argumento de que só poderiam se inscrever os maiores de 14 (catorze) anos e seis meses e ela contava, à época, com 13 (treze) anos de idade (completaria 14 anos em 07/fevereiro/2014). Impugna, pois, o ato de negativa da autoridade coatora, que teve por base limite etário.

O juízo singular deferiu a liminar pleiteada às fls. 18/20, afastando o limite de idade mínima e assegurando à impetrante o direito à inscrição no teste de seleção da Escola de Educação e Ensino Profissionalizante Dr. José Alves da Silveira.

Notificada, a autoridade impetrada peticionou apenas para informar que a determinação da justiça foi atendida de modo que a aluna encontra-se regularmente matriculada no Curso Técnico em Nutrição Dietética, com frequência integral às aulas desde o dia 20/01/2014 início do ano letivo (fls. 42/43 e 48).

O Ministério Público atuante em primeiro grau opinou pela ratificação da liminar e concessão da segurança (fls. 52/55).

Às fls. 57/58, a ação foi julgada procedente, conforme requerido, confirmando o magistrado *a quo* a liminar deferida e assegurando à impetrante o direito à inscrição no teste de seleção da Escola de Ensino Profissionalizante Dr. José Alves da Silveira, desde que o único empecilho seja o limite de idade mínima imposto.

Instado a se manifestar, o Ministério Público de segundo grau opinou, fls. 78/82, pelo conhecimento e improvimento da remessa de ofício.

É o que importa relatar.

Feito que prescinde de revisão.

Fortaleza, 9 de março de 2014

VOTO

O recurso de ofício merece conhecimento, pois atendeu aos pressupostos de admissibilidade, não havendo sido detectado nenhuma irregularidade processual.

A sentença em reexame merece ser confirmada por seus próprios fundamentos, assim como pelas razões explanadas pelo Ministério Público de segundo

grau em seu parecer, as quais passamos a adotar nas linhas seguintes, por seguirem na esteira de nosso entendimento.

Desta feita, analisando o cerne da questão, concluímos que razão assiste à parte impetrante, estando a decisão monocrática em total consonância com o estatuído na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/93).

As normas constitucionais que versam sobre o direito à educação (arts. 6º e 205) demonstram a preocupação do legislador no sentido de não restringir este direito, e sim de garanti-lo ao máximo, permitindo o acesso incondicional ao estudante, de forma a erradicar o analfabetismo e proporcionar o engrandecimento educacional dos cidadãos, sendo inadmissível, em princípio, qualquer espécie de discriminação a pretexto de idade para fins de regulamentação da inclusão do estudante em cursos técnicos/profissionalizantes.

> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
>
> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
> (...)
>
> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
> I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
> II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
> III -atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
> IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
> V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
> VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
> VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.
> §1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no capítulo que versa sobre educação, segue os preceitos constitucionais, garantindo o direito à educação à criança e ao adolescente, estabelecendo como dever do Estado assegurar-lhes educação em níveis elevados, contribuindo para seu crescimento profissional e pessoal.

Desta feita, o limite etário imposto pela autoridade coatora para inscrição em teste para seleção de curso técnico vai de encontro às normas protetivas acima mencionadas, não devendo, pois, esta restrição prevalecer.

Ao contrário do previsto no ato coator impugnado, devem os profissionais da educação facilitar o acesso de todos à educação e profissionalização para o trabalho, evitando discriminações não justificadas, como a do caso em comento.

Em casos similares, já se manifestou a jurisprudência pátria, *in verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA MATRÍCULA DE ADOLESCENTE NO CURSO DE FORMAÇÃO DE JOVENS E ADULTOS, INDEPENDENTEMENTE DA IDADE MÍNIMA ESTABELECIDA PELO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DECISÃO MANTIDA RECURSO IMPROVIDO. Não há ilegalidade na decisão que determina, em sede de liminar, que o gestor estadual promova a matrícula de adolescente no curso de formação de jovens e adultos disponível em escola estadual, independentemente do limite mínimo de idade (dezoito anos), previsto pelo Conselho Estadual de Educação, tendo em vista o ordenamento constitucional que garante o acesso incondicional do estudante na escola, principalmente no caso versando, em que o agravado conta 17 anos de idade. Precedentes.
> (TJMS, AGR 4009330-89.2013.8.12.0000, 5ª Câmara Cível, Relator: Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Julgado em 19/09/2013, Publicado em 15/05/2014)

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO. CURSO TÉCNICO. APROVAÇÃO EM PROCESSO SELETIVO. INSCRIÇÃO. IDADE MÍNIMA DE DEZOITO ANOS. RAZOABILIDADE. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA.
> I. Na espécie dos autos, constata-se que o impetrante tem direito líquido e certo à matrícula no curso técnico para o qual concorreu, ainda que por ocasião da sua inscrição não tenha sido observado o requisito de idade mínima determinado pelo edital regulador do certame, não constituindo, tal fato, por si só, óbice, sobretudo para o acesso ao ensino pretendido, na espécie dos autos, se o estudante revelou proficiência bastante em seus estudos a ponto de capacitá-lo na aprovação do respectivo processo seletivo, sendo certo que antes da efetivação de sua matrícula, este completara a idade necessária de 18 (dezoito) anos.

> II. Ademais, restringindo-se a pretensão mandamental à matrícula do impetrante em curso técnico indicado na espécie, a qual já se concretizou, por força da ordem judicial liminarmente deferida nestes autos, resta caracterizada, no caso, uma situação de fato já consolidada, cujo desfazimento já não mais se recomenda, na linha do entendimento jurisprudencial consagrado em nossos tribunais, em casos que tais.
> III. Há de ver-se, ainda, que a tutela jurisdicional pretendida nestes autos, além de se encontrar respaldada pela noticiada capacidade intelectual do impetrante, apresenta-se em sintonia com o exercício do direito constitucional à educação (CF, art. 205) e com a expectativa de futuro retorno intelectual em proveito da nação, que há de prevalecer sobre formalismos eventualmente inibidores e desestimuladores do potencial científico daí decorrente.
> lV. Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.
> (TRF 01ª R.; Rec. 0004444-80.2011.4.01.3701; MA; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. Souza Prudente; DJF1 24/06/2013; Pág. 133)

Nessa ordem de ideias, conclui-se que o ínclito magistrado a quo alinhou-se acertadamente aos ditames constitucionais norteadores da matéria.

Diante do exposto, em face dos fundamentos legais e dos argumentos acima lançados, manifesta-se a Procuradora de Justiça signatária pelo conhecimento do Reexame

Necessário, porém, mantendo-se inalterado o *decisum* vergastado.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2014.

PROCESSO: 0011909-24.2005.8.06.0001 – APELAÇÃO CÍVEL
REGISTRO INTERNO: 4946/2014
APELANTE: FRANCISCO RONALDO BENEVIDES GONÇALVES
APELADO: ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO BARBOSA FILHO

DECISÃO MONOCRÁTICA

1-Relatório

1.1- Trata-se de Apelação Cível interposta por FRANCISCO RONALDO BENEVIDES GONÇALVES, objetivando a reforma da sentença proferida pelo douto Juízo da 2.ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza-CE, nos autos da Ação Ordinária ajuizada contra o ESTADO DO CEARÁ, ora apelado.

1.2- O magistrado julga improcedente o pedido autoral, deixando de condenar o autor, ora apelado, nos ônus sucumbenciais em razão da gratuidade judiciária concedida.

1.3- Nas razões de fls. 88/93, o recorrente argumenta que:

1.3.1 – embora ainda não regulamentada a norma que dispõe sobre a gratificação denominada "auxílio –invalidez", de que trata o art. 53 da Lei n.º 10.072/76, é sensata sua concessão, posto que a omissão do Estado caracteriza atentado aos princípios constitucionais da Administração Pública;

1.3.2 – em decorrência do principio da inafastabilidade do Judiciário (art. 5.º, XXXV da CF/88) e da ineficiência da Administração Pública, cabe ao Poder Judiciário interferir nos atos daquela, sejam eles comissivos ou omissivos;

1.3.3 – mesmo havendo lacuna na lei, cabe também ao Poder Judiciário decidir com base no art. 4.º da LICC e art. 126 do CPC, aplicando-se a analogia.

Pede, então, seja dado provimento ao apelo para reformar a sentença com o fim de determinar a inclusão do adicional do auxílio-invalidez nos proventos do recorrente.

1.4 – O apelo foi recebido no duplo efeito (fl. 94).

1.5 – Contrarrazões às fls. 97/107, rebatendo a tese do apelante e, alfim, postulando a confirmação da sentença.

1.6- É relatório, em síntese.

2- DECIDO

2.1 - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

2.2 – A matéria tratada nos presentes autos autoriza o julgamento monocrático, pois se enquadra na regra prevista no artigo 557, *caput*, do CPC, *in verbis*:

> "Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou do Tribunal Superior."

Trago, ainda, a lição de Marinoni, segundo a qual:

> "O art. 557, *caput*, CPC, refere que o relator 'negará seguimento' ao recurso nos casos ali mencionados. **A rigor, o relator negará seguimento apenas na hipótese de inadmissibilidade do recurso. Se o recurso for manifestamente improcedente, tem o relator de negar provimento ao mesmo**. A diferença é relevante na medida em que a decisão que não admite o recurso – nega seguimento – não substitui a decisão recorrida, ao passo que a decisão que nega provimento ao recurso a substitui (art. 512, CPC)". (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 600). (**grifei**).

2.3 – No que pertine à possibilidade de concessão do auxílio invalidez, com fundamento no artigo 53 da Lei n.° 10.072/76 - Estatuto dos Policiais Militares do Estado do Ceará -, mesmo a depender de lei específica que o regulamente, hei por bem desacolher tal alegação.

No caso em análise, o referido artigo 53 dispõe o seguinte:

> "Art. 53. O auxílio invalidez, atendidas as condições estipuladas na lei específica que trata da remuneração dos policiais militares, será concedido ao policial militar que, quando em serviço ativo, tenha sido ou venha a ser reformado por incapacidade definitiva e considerado inválido, isto é, impossibilitado, total e permanentemente, para qualquer trabalho, não podendo prover os meios de subsistência".

Como se vê, tal dispositivo atribui à lei específica a função de regulamentar o benefício, encerrando norma de eficácia limitada, pois não enseja, por si só, qualquer modificação na ordem jurídica, dependendo de ulterior complementação legal para tanto.

É pacífico neste egrégio Tribunal que a falta de regulamentação do dispositivo supramencionado implica a impossibilidade de aplicá-lo ao caso em concreto, uma vez que não se cuida de lacuna na lei, a teor do artigo 4.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas de própria ausência da norma legal de que emana o direito pretendido, não competindo ao Judiciário proceder à integração legislativa, senão sob grave ofensa ao princípio da separação dos poderes.

De uma simples análise dos autos, verifico que o recorrente não possui direito ao benefício pleiteado, na medida em que, como se trata de norma de eficácia limitada, a concessão do auxílio invalidez somente poderia ocorrer caso viesse a existir norma regulamentadora do referido artigo 53 da Lei n.° 10.072/76, hipótese, até o presente momento, não concretizada.

Isso significa que, embora vigente, a aludida norma não teve eficácia no mundo jurídico, já que não editado o decreto regulamentador previsto em seu texto, sendo certo que a Lei Estadual 11.167/86 (que dispõe sobre a remuneração do Pessoal da Polícia Militar do Ceará) e posteriormente a Lei Estadual n.° 13.035/00 (que reestrutura a carreira dos militares estaduais, altera sua estrutura remuneratória e dá outras providências) e o Estatuto dos Militares do Estado do Ceará (Lei Estadual n.° 13.729/06), não evidenciaram aspectos primordiais para a eficácia da norma supramencionada.

2.4 – Destaco, ainda, o dizer da Súmula n.° 339 do Supremo Tribunal Federal:

> "Súmula 339, STF: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia".

Desse modo, não há de se falar em ofensa aos princípios da isonomia e impessoalidade, ambos previstos no artigo 37, *caput* da Constituição Federal.

Acrescento, ainda, que é vedada a utilização da analogia, ou de qualquer outro meio integrativo, quando se tratar de norma de eficácia limitada, porquanto não se antevê omissão, mas ausência de norma regulamentadora.

Saliento que o Judiciário não se exime de apreciar o direito questionado pela parte, somente vedado o deferimento de pleitos requeridos, se estes, para se tornarem efetivamente aplicáveis, necessitarem de norma prévia regulamentadora, não se configurando tal fato em qualquer infringência às normas supracitadas.

Colaciono os excertos jurisprudenciais desta egrégia Corte de Justiça:

> "APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR REFORMADO. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO REJEITADA. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRETENSÃO DE PERCEBIMENTO DO AUXÍLIO-INVALIDEZ. ART.53 DA LEI ESTADUAL 10.072/76. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO POR ANALOGIA. AFRONTA À LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E À SEPARAÇÃO DE PODERES.
> 1. A suposta violação ao direito do autor, ora apelado, possui um caráter sucessivo, que perdura no tempo, considerando que a cada mês a situação fática se renova, momento em que começa a fluir um novo prazo prescricional. Inteligência da Súmula 85 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Preliminar rejeitada.
> 2. Constata-se que o Art. 53 da Lei 10.072/76 é norma de eficácia limitada, ou seja, nos dizeres de José Afonso da Silva, "são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia". Ausente a regulamentação, não há, portanto, que se falar em implementação do benefício, sob pena de afronta ao princípio da legalidade administrativa, previsto expressamente no Art. 37 da Constituição Federal.
> 3. Ademais, a solução encontrada pelo magistrado de origem, e defendida pelo apelado, de que seria possível a aplicação da analogia para o cálculo do benefício pleiteado, não encontra respaldo jurídico, porquanto não é competência do Poder Judiciário atuar como legislador positivo, o que acarretaria afronta ao Princípio da Constitucional da Separação dos Poderes.
> 4. Precedentes do TJ/CE. Reexame Necessário e Apelação conhecidos, para, rejeitando a preliminar de prescrição do fundo de direito, DAR-LHES provimento, a fim de julgar improcedente o pleito autoral".
> (Apelação / Reexame Necessário 59001516200080600011, Relator(a): MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ, 6ª Câmara Cível, DJe 10/10/2011).

> "REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - INCLUSÃO DO AUXÍLIO INVALIDEZ EM FAVOR DE POLICIAL MILITAR APOSENTADO - PREVISÃO CONTIDA NO ARTIGO 53 DA LEI ESTADUAL DE Nº 10.072/1976 - NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA À EDIÇÃO DE LEI ESPECÍFICA REGULAMENTADORA - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA JUDICIAL POR ANALOGIA - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.
> I - A concessão de auxílio invalidez em favor de policial militar aposentado,

com base no art. 53 da Lei Estadual de nº 10.072/76, não se mostra razoável, notadamente porque dito texto legislativo necessita de regulamentação por se tratar de norma com eficácia limitada.
II - Assim, diante da ausência de norma regulamentadora, a decisão judicial que concede tal benefício, por meio de analogia, afronta o princípio da legalidade e da separação dos poderes.
III - Conheço da Apelação Cível e do Reexame Necessário, para dar-lhes integral provimento".
(Apelação 353786200580600011, Relator(a): FRANCISCO AURICÉLIO PONTES, 2ª Câmara Cível, DJe 06/09/2011).

"REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL. MILITAR REFORMADO. AUXÍLIO INVALIDEZ. ART. 53 DA LEI ESTADUAL Nº 10.072/76. NÃO REGULAMENTAÇÃO. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDAS E PROVIDAS.
1. *In casu*, verifica-se que o impetrante pretende a percepção do benefício "auxílio invalidez", com arrimo no disposto no art. 53 da Lei Estadual nº 10.072/1976.
2. Ocorre, porém, que o auxílio invalidez, previsto no art. 53 da Lei Estadual n° 10.072/76, somente será devido quando estipuladas, por lei específica, as condições para tanto. Dispositivo legal carente de exequibilidade.
3. Remessa oficial e recurso de apelação conhecidos e providos".
(Apelação / Reexame Necessário 5368567200680600011, Relator(a): FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA, 5ª Câmara Cível, DJe 01/08/2011).

"EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. MILITAR REFORMADO. CONCESSÃO DO AUXÍLIO INVALIDEZ PREVISTO NO ART. 53 DA LEI ESTADUAL Nº 10.072/76. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRELIMINAR REJEITADA. PREVISÃO EM DISPOSITIVO CARACTERIZADO COMO DE EFICÁCIA LIMITADA, PARA CUJA PROJEÇÃO DE EFEITOS SE FAZ NECESSÁRIA A INTERMEDIAÇÃO DO LEGISLADOR ORDINÁRIO. PRECEDENTES DO TJCE. REEXAME E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDOS E PROVIDOS.
1. No caso em análise, o lapso prescricional alcança apenas o período anterior ao quinquênio que precedeu ao ajuizamento da demanda, pois o direito de ação renasce periodicamente, por decorrer de relação jurídica de trato sucessivo, uma vez que a cada mês o servidor tem o direito subjetivo violado, começando a fluir a partir de então um novo prazo prescricional. É neste sentido a orientação do enunciado n.º 85 das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Preliminar rejeitada.
2. Nos termos de reiterada e pacífica jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, o dispositivo que estatuiu o auxílio invalidez (art. 53,

da Lei estadual nº 10.072/76 - "O auxilio invalidez, atendidas as condições estipuladas na lei específica que trata da remuneração dos policiais militares, será concedido ao policial militar que, quando em serviço ativo, tenha sido ou venha a ser reformado por incapacidade definitiva e considerado inválido, isto é, impossibilitado, total e permanentemente, para qualquer trabalho, não podendo prover os meios de subsistência") caracteriza-se como uma norma jurídica de eficácia limitada, para cuja produção de efeitos se faz necessária a intermediação legislativa, não se podendo cogitar, em todo caso, do suprimento da lacuna legal por parte do Poder Judiciário, sob pena de superlativa ofensa ao postulado da Separação de Poderes. Precedentes do TJCE.
3. Reexame Necessário e Apelação conhecidos e providos, reformando-se a sentença monocrática."
(TJCE – Apelação Cível/Reexame Necessário 452862200580600011, Rela. Desa. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA, 2.ª Câmara Cível, registro em 17.05.2012).

"EMENTA**:** CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA PROMOVIDA POR MILITAR REFORMADO POR INVALIDEZ. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-INVALIDEZ, NOS TERMOS DO ART. 53 DA LEI ESTADUAL Nº 10.072, EM FACE DO ESTADO DO CEARÁ. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. AUSÊNCIA DE DECRETO REGULAMENTADOR. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, SOB PENA DE OFENSA AOS PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA SEPARAÇÃO DE PODERES. VEDAÇÃO DE USO DA ANALOGIA. SÚMULA 339 DO STF. PRECEDENTES DO TJCE. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CONHECIDAS E PROVIDAS. SENTENÇA REFORMADA.
1. Compulsando os autos, depreende-se que a controvérsia central está relacionada à possibilidade/dever do Estado do Ceará em incluir nos proventos do Sr. Francisco Olivam da Silva o auxílio-invalidez a que este teria direito, porquanto instituído pelo art. 53 da Lei Estadual nº 10.072 (Estatuto dos Policiais Militares do Ceará).
2. Inobstante a edição da Lei Estadual nº 11.167/86 (que dispõe sobre a remuneração do Pessoal da Polícia Militar do Ceará) e posteriormente a Lei Estadual nº 13.035/00 (que reestrutura a carreira dos militares estaduais, altera sua estrutura remuneratória e dá outras providências), bem como do novo Estatuto dos Militares do Estado do Ceará (Lei Estadual nº 13.729/06), a norma em análise, ainda que vigente, quedou ineficaz no mundo jurídico, uma vez que não houve a edição do necessário decreto previsto em seu texto.
3. Ademais, é entendimento pacificado neste Tribunal que da falta de regulamentação do dispositivo acima transcrito decorre a impossibilidade de aplicá-lo ao caso concreto, já que, diferente do argumento exarado pelo magistrado "a quo", penso não se tratar de lacuna de lei, consoante art. 4º da

Lei de Introdução ao Código Civil, mas sim de própria ausência da norma legal que emana o direito pretendido, não cabendo ao Judiciário proceder à integração legislativa, sob pena de ferimento ao princípio constitucional da separação dos poderes.
4. Súmula 339/STF: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.
5. Outrossim, é vedada a utilização de analogia, ou de qualquer outro meio integrativo, quando se tratar de norma de eficácia limitada, pois não existe omissão, mas sim ausência de norma regulamentadora. Precedentes TJ/CE. Remessa Necessária a Apelação conhecidas e providas. Sentença reformada."
(TJCE – Apelação cível 452425200580600011, Rel. Des. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES. 2.ª Câmara Cível, registro em 28.05.2013).

"EMENTA**:** DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO CONSTITUCIONAL. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA. POLICIAL MILITAR. AUXÍLIO INVALIDEZ. AUSÊNCIA DE LEI QUE REGULAMENTE O ART. 53 DA LEI N° 10.072/76. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. VEDAÇÃO DE ATUAÇÃO LEGISLATIVA POR PARTE DO JUDICIÁRIO. SÚMULA 339 DO STF. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ANALOGIA PARA SUPRIR OMISSÃO LEGISLATIVA. DECISÃO REFORMADA.
1. Dispõe o artigo 53 da Lei n° 10.072/76: "O auxílio invalidez, atendidas as condições estipuladas na lei específica que trata da remuneração dos policiais militares, será concedido ao policial militar que, quando em serviço ativo, tenha sido ou venha a ser reformado por incapacidade definitiva e considerado inválido, isto é, impossibilitado, total e permanentemente, para qualquer trabalho, não podendo prover os meios de subsistência".
2. Como se vê, o supramencionado artigo atribui à lei específica a função de regulamentar o benefício, encerrando norma de eficácia limitada, pois não enseja, por si só, qualquer modificação na ordem jurídica, dependendo de ulterior complementação legal para tanto.
3. Isso significa que, embora vigente, a aludida norma não teve eficácia no mundo jurídico, já que não editado o decreto regulamentador previsto em seu texto, sendo certo que a Lei Estadual 11.167/86 (que dispõe sobre a remuneração do Pessoal da Polícia Militar do Ceará) e posteriormente a Lei Estadual n° 13.035/00 (que reestrutura a carreira dos militares estaduais, altera sua estrutura remuneratória e dá outras providências) e o Estatuto dos Militares do Estado do Ceará (Lei Estadual n° 13.729/06), não evidenciaram aspectos primordiais para a eficácia da norma supramencionada.
4. Dispõe a Súmula 339 do STF: "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia".
5. É pacífico neste egrégio Tribunal que a falta de regulação do dispositivo

> supramencionado implica a impossibilidade de aplicá-lo ao caso em concreto, uma vez que não se cuida de lacuna na lei, a teor do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas de própria ausência da norma legal de que emana o direito pretendido, não competindo ao Judiciário proceder à integração legislativa, senão sob grave ofensa ao princípio da separação dos poderes.
> 6. Apelação Cível conhecida e provida. Reexame Necessário conhecido para, reexaminando-o, reformar a sentença e julgar improcedente o pedido contido na inicial."
> (TJCE – Apelação/Reexame Necessário 1013267200680600011, Rel. Des. FRANCISCO BARBOSA FILHO, 5.ª Câmara Cível, registro em 15.12.2011).

A sentença não merece qualquer reproche, portanto.

2.5 – Por todo o exposto, com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC, nego seguimento ao recurso de apelação, ante a sua manifesta improcedência.

2.6 – Publique-se e intime-se.

Fortaleza, 20 de janeiro de 2015.

PROCESSO Nº 0132504-08.2012.8.06.0001
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: CREUSA GONÇALVES DE OLIVEIRA
APELADO: ESTADO DO CEARÁ
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: RECURSO APELATÓRIO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO AFASTADA. INAPLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO TRIENAL PREVISTA NO CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC. CAUSA MADURA. MORTE DE DETENTO NAS DEPENDÊNCIAS DE PRESÍDIO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA. INTEGRIDADE FÍSICA DO APENADO. DANO MORAL CARACTERIZADO. CONSECTÁRIOS LEGAIS. ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ISENÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA NAS CUSTAS PROCESSUAIS. RECURSO APELATÓRIO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

1. A prescrição das ações contra a Fazenda Pública é de 05 (cinco) anos, na forma do que estabelece o art. 1º do Decreto n° 20.910/32.

2. Inaplicabilidade da prescrição trienal prevista no Código Civil, mesmo nas hipóteses de pretensão fundada em reparação civil.

3. Em se tratando de morte de detento dentro do estabelecimento prisional, é objetiva a responsabilidade do Estado, a teor do art. 37, § 6º, da Carta Magna, pois há dever de zelar pela segurança e incolumidade física do preso sob sua custódia. Hipótese de omissão específica do Estado em decorrência da

morte do interno, porquanto descumpriu com o dever que lhe é imposto em face da restrição da liberdade do cidadão.
4. A responsabilidade dos entes públicos independe da prova do elemento subjetivo (dolo ou culpa), sendo suficiente a demonstração do dano e do nexo causal. Ao ente público compete demonstrar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade civil objetiva, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito, a força maior ou a ausência do nexo causal entre o dano e o evento.
5. São incomensuráveis a dor e o sofrimento suportados pela autora, ante a perda de seu filho, estando caracterizado o dano *in re ipsa*, o qual se presume, conforme as mais elementares regras da experiência comum, prescindindo de prova quanto ao prejuízo concreto.
6. Na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar *quantum* que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. A análise de tais critérios, aliada às demais particularidades do caso concreto, conduz à fixação do montante indenizatório em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).
7. Sobre a verba indenizatória deverão incidir correção monetária (INPC), a partir do arbitramento (Súmula nº 362 do STJ), e juros de mora contados do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ).
8. O arbitramento dos honorários advocatícios, nos termos dos §§ 3º e 4º, do art. 20 do Código de Processo Civil, deve levar em consideração o grau de zelo do advogado, o lugar da realização do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado e o tempo de duração do serviço. Por tais motivos, condeno o demandado ao pagamento da verba sucumbencial em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.
9. Custas suspensas nos termos do art. 10, inciso I, da Lei Estadual nº 12.381/94.

10. Recurso Apelatório CONHECIDO para afastar a preliminar de prescrição e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, fixando os danos morais em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

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

Fortaleza, 26 de janeiro de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Apelatório interposto por CREUSA GONÇALVES DE OLIVEIRA, contra decisão do juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que, nos autos da Ação de Reparação de Danos Morais proposta contra o ESTADO DO CEARÁ, acolheu a preliminar de prescrição, com fundamento no art. 10 do Decreto nº 20.910/32, combinado com o art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, e extinguiu o feito, com julgamento de mérito, em conformidade com o art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil. Condenou a autora, ainda, em custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 500,00 (quinhentos reis), suspendendo a exigibilidade de acordo com o art. 12 da Lei de Assistência Judiciária.

Nas razões recursais, fls. 192/202, a apelante alega, em síntese, a inexistência de prescrição, na medida em que deve ser aplicado o art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Transcreve jurisprudência em defesa de sua tese, ao passo que requer o conhecimento e provimento do recurso, com a procedência do pedido autoral.

Contrarrazões, fls. 206/212, refutando o fundamento apresentado na apelação e pugnando pela manutenção da decisão singular.

A Procuradoria-Geral de Justiça, nesta esfera recursal, fls. 223/230, manifestou-se, informando não haver interesse público.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Avaliados, preliminarmente, os pressupostos processuais subjetivos e objetivos da pretensão deduzida, tenho-os como regularmente constituídos, bem como os atinentes à constituição regular do feito, conhecendo do recurso em termos de propriedade e tempestividade.

Destaco que o presente feito cinge-se à análise da existência, ou não, da prescrição do direito da autora.

É importante destacar o significado da prescrição, na precisa lição de R. Limongi França:

> "Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda sua capacidade defensiva, em conseqüência do não-uso delas durante um determinado espaço de tempo."
> (In Instituições de Direito Civil, 3ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1995, p. 193).

Cuida-se, portanto, do perecimento à pretensão não exercida no prazo legal, como referido por J. M. de Carvalho Santos (*In* Código Civil Interpretado: parte geral e parte especial, São Paulo, Editora Freitas Bastos, 1982, volume 34, p. 28), cuja origem remonta ao instituto da *praescriptio* do Direito Romano, possuindo os seguintes elementos integrantes: a) existência de uma ação exercitável (*actio nata*); b) inércia do titular da ação pelo seu não exercício; c) continuidade dessa inércia durante certo lapso de tempo; d) ausência de algum fato, a que a lei atribua a eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso do prazo prescricional, como bem coloca Délio Maranhão (*In* Instituições do Direito do Trabalho, São Paulo, Ltr, volume 2, p. 1295).

O primeiro elemento citado é crucial para o deslinde do feito, ou seja, pelo princípio da *actio nata*, a prescrição somente pode começar a correr a partir do dia em que nasce a ação ajuizável ou o exercício da pretensão.

O prazo prescricional começa a ser contado quando, sob o ponto de vista jurídico e fático, **o cidadão pode exercer de fato sua pretensão, ao ajuizar ação de reparação civil contra o autor da conduta danosa**. O instituto da prescrição constitui-se em elemento para garantir a paz social e a segurança jurídica, como refere Pontes de Miranda:

> "Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas,

> encobrindo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade. Qual seja essa duração, tolerada, da eficácia pretensional, ou simplesmente acional, cada momento da civilização o determina. Os prazos do Código Comercial correspondem a concepção da vida já ultrapassada; porém o mesmo já se pode dizer de alguns prazos do Código Civil. A vida corre célere – mais ainda na era da máquina."
> (In Tratado de Direito Privado, São paulo, Editora RT, 1971, volume 6, p. 131).

O fato gerador do possível ilícito atribuído ao réu - Responsabilidade Civil pela morte de detento (filho da autora) ocorrida no interior do Instituto Penal Paulo Sarasate – IPPS, sucedeu, em 30/05/2007. Assim, é a partir deste marco temporal que deve iniciar o cômputo do prazo prescricional. O termo inaugural da prescrição é a data do dano, ou seja, quando praticada tal conduta tida por ilegal. É daí que surge o necessário controle de sua inércia.

In casu, entendo que a prescrição contra a Fazenda Pública regula-se pelo Decreto nº 20.910/32, que no seu art. 1º prevê, *in verbis*:

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

Assim, entre a data referida e o ajuizamento da presente ação (13/03/2012 – fl. 01), não transcorreu o prazo de 05 (cinco) anos, razão pela qual não há falar em prescrição.

Ao contrário do sustentado pelo réu/apelado e referido na sentença, não tem aplicação ao caso a regra do art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, que é genérica e regula tão somente as relações entre os particulares. Esse, aliás, é o entendimento de Marçal Justen Filho, como segue:

> "O dispositivo também não se aplica no âmbito das relações entre Administração Pública e particulares porque, tal como acima apontado, o prazo para a prescrição das ações de titularidade da Fazenda Pública deve ser idêntico àquele estabelecido para as ações exercitadas em face da própria Administração. Trata-se de impossibilidade de que as ações versando pretensões a favor e contra a Administração Pública se sujeitem a prazos distintos. Logo e como se reconhece que a prescrição das ações do particular prescrevem em cinco anos (tal como exposto adiante), idêntico

> tratamento deve ser reservado às ações de titularidade da Administração Pública."
> (In Curso de Direito Administrativo, 7ª edição, 2011, p. 1255).

O citado autor ainda destaca:

> "Essa regra não se aplica às ações que envolvam pretensão de reparação civil dirigida contra a Fazenda Pública. Assim se passa porque a regra do Código Civil é genérica. A prescrição da ação versando pretensão contra a Fazenda Pública está disciplinada de modo especial no Decreto nº 20.910."
> (Ob. Cit. p. 1258).

O STJ, no julgamento do REsp 1.251.993/PR, na forma do art. 543-C do CPC, pacificou a questão.

Destaco decisões daquele Tribunal Superior:

> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO MORAL E MATERIAL. ACIDENTE DE VEÍCULO. PRESCRIÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 206, § 3º, IV, DO CC/2002. APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/32.
> PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO.
> 1. Firmou-se, na Primeira Seção desta Corte Superior de Justiça, a partir do julgamento do REsp. 1.251.993/PR, sob o rito do art. 543 -C do CPC, a compreensão de que deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal - previsto no Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido no Código Civil de 2002.
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (AgRg no AREsp 345.366/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 04/11/2013).

> "ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TÉCNICA DE FISCALIZAÇÃO AGROPECUÁRIA GDATFA. EXTENSÃO AOS INATIVOS. POSSIBILIDADE. OMISSÃO DO JULGADO REGIONAL AFASTADA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. DECRETO N. 20.910/1932. ART. 206, § 3º, DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE.
> INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.
> 1. Afasta-se a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, porquanto o Tribunal de origem dirimiu, de forma objetiva e fundamentada, as questões que

lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. Não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.
2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que é quinquenal o prazo prescricional para propositura da ação de qualquer natureza contra a Fazenda Pública, a teor do art. 1° do Decreto n. 20.910/32, não havendo falar na aplicação do Código Civil.
3. Consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça a orientação de que devem ser estendidos aos inativos e pensionistas os mesmos valores pagos pela Gratificação de Desempenho de Atividade Técnica de Fiscalização Agropecuária GDAFTA aos servidores que se encontram em atividade (AgRg no AREsp 90.335/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/3/2012). Incidência da Súmula 83/STJ.
4. Agravo regimental a que se nega provimento."
(AgRg no AREsp 165.389/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 27/09/2013).

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO DE COBRANÇA. DIÁRIAS. PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO EM VIRTUDE DE CITAÇÃO VÁLIDA E1. O Tribunal de origem consignou que não ocorreu a prescrição, uma vez que a sentença proferida na ação ajuizada pelo Sindicato transitou em julgado, em 4.7.2008, data em que se reiniciou o curso do lapso prescricional restante, de dois anos e meio. "Assim, como a presente ação foi proposta em 14.12.2010, transcorrido, portanto, prazo inferior a 02 (dois) anos e 06 (seis) meses da data do trânsito em julgado da referida sentença, não há que se falar em prescrição da pretensão deduzida." 2. Mostra-se inaplicável, no caso dos autos, a prescrição bienal do art. 206, § 2º, do CC de 2002, uma vez que o conceito jurídico de prestações alimentares nele previsto não se confunde com o de verbas remuneratórias de natureza alimentar. O Código Civil de 2002 faz referência às prestações alimentares de natureza civil e privada, incompatíveis com as percebidas em relação de Direito Público.
3. O entendimento do STJ é no sentido de que a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto 20.910/1932 deve ser aplicada a todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja ela federal, estadual ou municipal, independentemente da natureza da relação jurídica estabelecida entre a Administração Pública e o particular. Súmula 85 do STJ.
4. O acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a atual jurisprudência do STJ, segundo a qual a citação válida em processo extinto sem julgamento do mérito importa na interrupção do prazo prescricional. Incidência da Súmula 83/STJ.
5. Agravo Regimental não provido."
(AgRg no AREsp 202.429/AP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 12/09/2013).

Considerando ter ocorrido o encerramento da instrução processual, estando o feito, com isso, apto para julgamento, bem como inexistir outra preliminar, passo ao exame do mérito conforme autorizado pelo art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

Pois bem, de início, cumpre destacar que o sistema jurídico brasileiro adota a responsabilidade patrimonial objetiva do Estado sob a forma da Teoria do Risco Administrativo, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República.

Para que incida a responsabilidade objetiva, em razão dos termos da norma constitucional em destaque, há necessidade de que o dano causado a terceiros seja provocado por agentes estatais nessa qualidade.

Dessa teoria, emana a obrigação de indenizar pelo ato lesivo e injusto causado à vítima. No magistério da Hely Lopes Meirelles:

> "Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz a mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946."
> (In Direito Administrativo Brasileiro, 28ª edição, Malheiros Editores, 2003, pp. 623/624).

Com isso, basta para o interessado demonstrar o nexo causal entre o ato lesivo e o dano experimentado, prescindindo da investigação da culpa por parte do Estado. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> "Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano."
> (In Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, Malheiros Editores, 1999, p. 665).

Assim, entendo que em casos tais, onde demonstrada a inoperância do agir estatal diante do cumprimento de um dever prestacional do Poder Público, a responsabilidade do Estado igualmente há de ser analisada pela ótica da responsabilidade objetiva prevista no dispositivo constitucional supracitado.

Conforme lição de Juarez Freitas, em trabalho intitulado *"Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância*", assim destacou:

> "O Estado e os prestadores de serviços públicos devem arcar com os riscos inerentes à conduta omissiva ou comissiva. Vai daí que a vítima, em razão de sua presumida vulnerabilidade (por força da Constituição, art. 37, § 6º), não tem jamais o ônus de provar a culpa ou o dolo do agente. Suficiente que nada exclua, no curso do processo, a formação do nexo causal direto e 'imediato' entre a ação ou a inatividade e o evento danoso. Contudo, a responsabilidade extracontratual não pode ser entendida como imputação cega do dever indenizatório. Tal intelecção mostrar-se-ia conducente ao destempero do risco absoluto. Ao revés, acolhe-se a presunção juris tantum da existência do nexo de causalidade, resguardadas as excludentes em contrário, inclusive a 'reserva do possível'.
> (…)
> O princípio da proporcionalidade veda excesso e, simultaneamente, inoperância, de maneira que a omissão injustificável se apresenta, em si, violadora do descer de agir proporcional. Consubstanciada a violação, não há por que indagar psiquicamente sobre a responsabilidade, no caso das condutas omissivas, impositiva – sem peias subjetivistas – a plena justiça retificadora."
> (*In* Responsabilidade Civil do Estado, São Paulo, Editora Malheiros, 2006, pp. 170/197).

Em contrapartida, o Estado não seria responsabilizado na hipótese de inexistir liame causal, ou seja, quando constatada culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior, fato exclusivo de terceiro ou se a atitude ensejadora do pleito reparatório tivesse ocorrido no estrito cumprimento de um dever legal.

No ponto, as pertinentes lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> "(...) essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o **Estado** deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público.
> (*In* Direito Administrativo, 8ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 1997, p. 412).

Estabelecido o regime de responsabilidade, passo ao exame do caso concreto.

Na hipótese dos autos, restou evidenciado que a vítima foi brutalmente assassinada, em 30 de maio de 2007, fl. 29 (Nota de Culpa), quando se encontrava presa no Instituto Penal Paulo Sarasate - IPPS.

Os fatos narrados na certidão de óbito, fl. 15, bem como na Guia Policial de Exame Cadavérico do Instituto Médico Legal, fls. 34 e 64, testificam que o detendo faleceu em decorrência de traumatismo craniano e ferida penetrante no pescoço e tórax, por meio de instrumento contundente e perfuro-cortante (barra de metal). Como se vê, os ferimentos informados sugerem circunstância que revela a brutalidade do fato.

Nesse contexto, a omissão do Estado resta claramente demonstrada, tendo em vista o dever de vigilância para com os indivíduos sobre a sua custódia, os quais estão, legalmente, privados de liberdade, porém, continuam detentores de todos os direitos não atingidos pela restrição, especialmente o direito à integridade física.

Quanto ao nexo de causalidade, afigura-se na possibilidade do Estado em evitar o óbito se acaso fiscalizado adequadamente os detentos sob sua custódia. Aliás, nesse ponto, ressalto o depoimento da testemunha Ivo Costa de Oliveira, fls. 139/140, *in verbis*:

> "que o depoente, na época dos fatos e até hoje, é responsável pelo setor de segurança dos agentes no IPPS; (…) que soube através do plantonista que houve uma desavença no setor onde se encontrava a cela do preso Gilberto; que nesse setor havia 10 celas; que a cela ocupada por Gilberto tinha 8 presos; que o agente que estava de plantão, Robenilson, constatou o preso Gilberto já lesionado, chamou os outros agentes e a polícia para entrar no setor e socorrer o mencionado preso; que Gilberto chegou a ser retirado do local mas não resistiu aos ferimentos, falecendo antes de chegar ao hospital; que após o fato, foi identificado o autor da lesão, que se tratava de outro preso de nome Erivaldo;"

Essa afirmativa fornecida pelo responsável do setor de segurança do IPPS, somente reforça a responsabilidade estatal que, na espécie, não ocorre pela sua ação (inexiste prova de que agentes públicos tenham participado das agressões) mas sim, pela omissão evidente.

Considerando que o dano moral diz respeito à violação dos direitos referentes à dignidade humana, a doutrina especializada e a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça vêm entendendo que a consequência do dano encontra-

se ínsita na própria ofensa, porquanto deflui da ordem natural das coisas, tomando-se como parâmetro a vida comum das pessoas.

Nessa perspectiva, para a demonstração do dano moral, basta a realização da prova do nexo causal entre a conduta (indevida ou ilícita), o resultado danoso e o fato.

Trata-se de dano moral *in re ipsa*, que dispensa a comprovação da extensão dos danos, sendo esses evidenciados pelas circunstâncias do fato. Nesse sentido, destaca-se a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

> "Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.
> Neste ponto, a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras de experiência comum."
> (In Programa de Responsabilidade Civil, 5ª edição, Editora Malheiros, 2004, pp. 100/101).

Nesse diapasão, evidenciado que o dano experimentado pela autora foi decorrente da desastrosa atuação dos agentes do Estado e não havendo comprovação das causas excludentes da responsabilidade objetiva do demandado, deve ser decidido pelo dever de indenizar. Feita essa referência, passo à quantificação da indenização.

Para se fixar o valor indenizatório ajustável à hipótese fática concreta, deve-se sempre ponderar o ideal da reparação integral e da devolução das partes ao *status quo ante.* Esse princípio encontra amparo legal no art. 947 do Código Civil.

No entanto, não sendo possível a *restitutio in integrum* em razão da impossibilidade material dessa reposição, transforma-se a obrigação de reparar em uma obrigação de compensar, tendo vista que a finalidade da indenização consiste, justamente, em ressarcir a parte lesada.

No que diz respeito ao valor dos danos morais, há de se considerar uma série de circunstâncias, dentre as quais: que o valor da indenização deve atentar para a pessoa do ofendido e do ofensor; a medida do padrão sócio-cultural da vítima; a extensão da lesão ao direito; a intensidade do sofrimento e sua duração; e as condições econômicas do ofendido e as do ofensor. Deve-se relevar, ainda, o caráter pedagógico-preventivo da medida.

Todavia, a real dimensão externa da ingerência do ato lesivo no âmbito psicológico da vítima é que deflagrará o *quantum* indenizatório devido. Para tanto, temos de sopesar que nesta esfera eminentemente subjetiva, há interferência direta do meio social dos sujeitos, das especificidades do objeto, e, finalmente, os efeitos jurídico-econômicos.

Aliado a esses critérios de julgamento, deve-se buscar sempre o bom senso e a razoabilidade, esteios para o arbitramento desta medida. Não se pode desconsiderar, noutra senda, a exequibilidade do encargo pelo agente responsável.

Cumpre mencionar a lição de Sílvio Sálvio Venosa:

> "Qualquer indenização não pode ser tão mínima a ponto de nada reparar, nem tão grande a ponto de levar à penúria o ofensor, criando para o estado mais um problema social. Isso é mais perfeitamente válido no dano moral. Não pode igualmente a indenização ser um instrumento de enriquecimento sem causa para a vítima; nem ser de tal forma insignificante ao ponto de ser irrelevante ao ofensor, como meio punitivo e educativo, uma vez que a indenização desse já tem também essa finalidade."
> (In Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, Editora Atlas, 2004).

Nesse contexto, considerando o dano suportado pela genitora da vítima; a situação sócio-financeira das partes e a reprovabilidade da atuação do réu; sem olvidar que a reparação não pode ser fonte de enriquecimento indevido, fixo o valor da reparação por danos morais em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), valor que reputo adequado para reparar o dano imaterial experimentado e, igualmente, reprovar a conduta ilícita do demandado.

O Superior Tribunal de Justiça, decidindo Recurso Especial oriundo deste Tribunal de Justiça, contendo simetria aos fatos aqui narrados, manteve a condenação em danos morais na mesma proporção, *in verbis*:

> "ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE

> DETENTO, SOB CUSTÓDIA DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REDUÇÃO DO VALOR. PRETENSÃO RECURSAL QUE ESBARRA NO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> I. O ora agravante interpôs Recurso Especial, no qual busca a redução do valor da indenização por danos morais, fixados, na origem, em R$ 50.000,00, devidos em decorrência da morte do marido da agravada, ocorrida em uma das celas da Cadeia Pública do Município de Capistrano/CE.
> II. Apenas em situações excepcionais, em que a parte demonstra, de forma contundente, que o valor fixado para o pagamento de indenização por danos morais é exorbitante ou irrisório - o que não ocorreu no caso -, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça permite o afastamento do óbice, previsto na Súmula 7/STJ, para que seja possível a sua revisão.
> III. Agravo Regimental improvido."
> (AgRg no REsp 1368026/CE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 28/11/2014).

Com o mesmo posicionamento, esse Sodalício por meio do precedente abaixo transcrito:

> "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MORTE DE DETENTO SOB A CUSTÓDIA DO ESTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DEVER DE ZELAR PELA INCOLUMIDADE FÍSICA E MORAL DO PRESO. ART. 5º, LXIX E 37, § 6º, DA CF/88. VALOR DA INDENIZAÇÃO. FILHO DA VÍTIMA. PENSIONAMENTO. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1.O Fato de tratar-se de responsabilidade objetiva do Estado, que dispensa a prova da culpa, não elide o ônus da vítima em demonstrar o nexo de causalidade existente entre a conduta e o dano experimentado, o que no caso, restou comprovado. 2.A alegação de responsabilidade subjetiva não prospera pois mesmo que se tratasse de tal responsabilidade, deveria ser reconhecida a culpa in vigilando do ente estatal, já que deixou de tomar as providências necessárias à garantia da integridade física e moral assegurados ao preso no ART. 5º, Inciso XLIX da CF/88, de tal sorte que o ente deve envidar esforços para manter a constante vigilância daqueles detentos que encontram sob sua custódia. 3.No caso em comento, a administração não agiu de maneira eficiente, configurando omissão estatal em não disponibilizar efetivo policial suficiente para atender a demanda do Distrito onde ocorreu o fato, contendo um número reduzido de policiais para atender chamados. 4.Por outro lado, a conduta da vítima ao atear fogo às roupas que se encontravam indevidamente armazenadas na cela, também concorreu para o evento danoso, o que enseja o instituto da culpa concorrente. 5. Destarte, encontra-se

> configurada a responsabilidade civil do Estado em reparar o dano ocasionado pelo seu dever constitucional de guarda e tomada das medidas necessárias da integridade do preso que seriam exigências a fim de evitar a tragédia. 6. Agiu corretamente na prolatação da sentença ao reconhecer a ocorrência dos danos e condenar o Estado ao pagamento dos mesmos, porém na fixação do quantum deverá o juiz agir com prudência e moderação, devendo esta ser minorada. 7. Diante da situação, atento à realidade e a peculiaridade do caso, aplicando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade hei por bem minorar os valores da indenização a título de danos morais, fixando em R$ 50.000,00(Cinquenta mil reais). 8. A pensão em decorrência da morte do pai do menor apelado deve alcançar a data em que o beneficiário completar 25 anos de idade, quando se presume ter concluído sua formação, incluindo-se a universidade. 9. Recurso e Reexame necessário conhecidos, parcialmente providos e sentença parcialmente reformada.
> (Reexame Necessário e Apelação Cível nº 735368-87.2000.8.06.0001/1, Rel. Des. Francisco Suenon Bastos, 5ª Câmara Cível, julgamento em 23/05/2011).

Sobre o valor da condenação, deverá incidir juros de mora a partir do evento danoso (30/05/2007), em consonância com a Súmula nº 54 do STJ, e na forma do disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09, e correção monetária, desde a data do acórdão, nos termos da Súmula nº 362 do STJ, vez que arbitrada a indenização nesta instância.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo para afastar a preliminar de prescrição levantada desde a contestação e, no mérito, com amparo no art. 515, § 3º, do CPC, declarar a procedência dos pedidos, condenando o Estado do Ceará ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescidos dos consectários legais.

Condeno o demandado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. Por fim, relativamente as custas do processo, está o demandado isento do pagamento, nos termos do art. 10, inciso I, da Lei Estadual nº 12.381/94.

É como voto.

Fortaleza, 26 de janeiro de 2015.

PROCESSO: 0013730-92.2007.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: FUNDAÇÃO SISTEL DE SEGURIDADE SOCIAL
APELADO: FRANCISCA COUTINHO CAMPELO
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO NÃO CONFIGURADA. SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. IDADE MÍNIMA. DECRETO Nº 81.240/78. REGULAMENTO DO PBS. VALIDADE. APLICAÇÃO DE REDUTOR ETÁRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO APELATÓRIO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Não se conhece do agravo retido, tendo em vista o mesmo não ter sido reiterado nas razões da apelação, nos termos do art. 523, § 1º, do CPC.

2. Inocorrência de cerceamento de defesa, uma vez que foi oportunizado prazo para a promovida/recorrente se manifestar após o anúncio do julgamento antecipado da lide, como de fato o fez por meio do agravo retido acima mencionado e sobre o qual o magistrado de piso abdicou do uso do juízo de retratação. 3. Residindo a pretensão autoral no cálculo do benefício previdenciário e, renovando-se este mês a mês, resta caracterizada uma relação de trato sucessivo, não havendo que se falar em prescrição do fundo de direito.

4. Consoante o entendimento firmado pelo STJ, "o Decreto 81.240/78, ao estabelecer a idade mínima de 55 anos para o pagamento de complementação de aposentadoria, não exorbitou as disposições da Lei 6.435/77, mas se valeu de critério razoável com a precisa finalidade de cumprir as determinações legais de manter a liquidez e solvência das entidades de previdência privada". (EDcl no AgRg no Ag

1180501/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 27/09/2011).
5. O equilíbrio econômico-financeiro do plano é uma situação que deve ser perseguida pela própria entidade fechada de previdência. Consequentemente, se, de acordo com a jurisprudência do STJ, a instituição de idade mínima é absolutamente necessária a esse fim, era de todo cabível, já antes do Decreto nº 81.240/78, a estipulação no regulamento de idade mínima, sem que isso implique, à luz do CDC, abusividade contratual.
6. Assevera-se, portanto, a possibilidade da aplicação do fator de redução por idade.
7. Apelação cível conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso, para dar-lhe provimento, nos termos do voto da relatora.

Fortaleza, 24 de setembro de 2014

RELATÓRIO

Cuidam os autos de apelação cível interposta por FUNDAÇÃO SISTEL DE SEGURIDADE SOCIAL contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que julgou procedente o pedido deduzido por FRANCISCA COUTINHO CAMPELO, condenando a promovida, ora apelante, a refazer os cálculos do benefício concedido à autora, excluindo o redutor etário previsto no art. 31, inciso IV do Decreto nº 81.240/78, com a consequente implantação da nova renda mensal e, ainda, determinando o pagamento das diferenças apuradas nos últimos cinco anos anteriores à data da interposição da ação, acrescidas de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação e correção pelo INPC a partir do vencimento das parcelas vencidas.

Em suas razões recursais (fls. 527/551), a apelante alegou que a sentença deve ser reformada, haja vista que a pretensão autoral restou fulminada pela prescrição do fundo de direito, uma vez que a aposentadoria suplementar da recorrida foi concedida em 31/01/1998, tendo a ação sido ajuizada somente no dia 17/02/2007.

No mérito, sustentou que, não obstante o Decreto nº 81.240/78 estipular a idade mínima de 55 (cinquenta e cinco) anos para aplicação do redutor etário, o art. 42 da Lei nº 6.435/77 confere expressa autonomia aos planos de previdência privada para estipular as condições de carência. Assim, seria lícita a aplicação de redutor àqueles que não tivessem preenchido o requisito da idade mínima de 57 (cinquenta e sete) anos completos previstos no Regulamento do PBS.

Defendeu que antes de implementadas todas as condições necessárias a obtenção do benefício previsto na legislação, inexiste direito adquirido, mas apenas mera expectativa de direito.

Por fim, aduziu que a procedência do pedido autoral acarretará desequilíbrio atuarial e econômico-financeiro do plano de benefícios administrado pela recorrente, por implicar concessão de benefício superior aos valores efetivamente aportados por meio de contribuições.

Requereu, assim, a reforma da sentença impugnada, julgando-se improcedente o pedido autoral.

Recurso recebido em seus regulares efeitos (fl. 612).

Devidamente intimada, a parte apelada apresentou contrarrazões às fls. 615/626, pugnando pelo desprovimento da apelação, com a consequente manutenção da sentença.

É o sucinto relatório.

À douta revisão.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da presente apelação cível.

I- Do Agravo Retido manejado pela Fundação SISTEL

Deixo de conhecer do agravo retido de fls. 486/496, tendo em vista não ter sido reiterado nas razões da apelação, nos termos do art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil.

II – Preliminar de cerceamento de defesa

Quanto ao cerceamento de defesa alegado pela ora recorrente, sob a alegativa de que seria necessária a realização de prova pericial, impende ressaltar que àquela foi oportunizado prazo para manifestação quando do anúncio do julgamento antecipado da lide, assim como o fez por meio do agravo retido supracitado e sobre o qual o magistrado de piso abdicou do uso do juízo de retratação, mantendo sua decisão, posto seu convencimento sobre as provas carreadas aos autos, consoante inteligência do art. 330, I, do CPC.

Rejeita-se, portanto, tal preliminar.

III – Prejudicial de prescrição do fundo de direito

Do mesmo modo, não procede a insurgência sobre a prescrição do fundo de direito, sob o fundamento de que prescreve em cinco anos a pretensão de revisão de benefício previdenciário complementar (Súmula 291 do STJ).

De fato, a pretensão autoral não reside na revisão do próprio ato concessivo do benefício previdenciário, mas no cálculo deste e como tal, se renova mês a mês. Dessa forma, tratando-se de relação de trato sucessivo, não há que se falar em prescrição do fundo de direito,

Nesse sentido, colho o seguinte precedente do STJ, *verbis*:

> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. INAPLICABILIDADE NAS DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL DECENAL PREVISTO NO ART. 103 DA LEI 8.213/91. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS DESPROVIDO.
>
> 1. As normas previdenciárias primam pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais.
>
> 2. Os benefícios previdenciários envolvem relações de trato sucessivo e atendem necessidades de caráter alimentar, razão pela qual a pretensão à obtenção de um benefício é imprescritível.

> 3. As prestações previdenciárias tem características de direitos indisponíveis, daí porque o benefício previdenciário em si não prescreve, somente as prestações não reclamadas no lapso de cinco anos é que prescreverão, uma a uma, em razão da inércia do beneficiário, nos exatos termos do art. 3º do Decreto 20.910/32.
> 4. Contudo, nos casos em que a Administração negou expressamente o requerimento administrativo, incide o prazo decadencial na revisão do ato administrativo que indefere o pedido do autor, com prescrição apenas das parcelas vencidas além do quinquênio, nos termos do art. 103 e parágrafo único da Lei 8.213/91, tendo o segurado dez anos para intentar ação judicial visando ao direito respectivo.
> 5. No caso dos autos, o indeferimento do benefício, na via administrativa, ocorreu em 2000 e o ajuizamento da ação se deu em 10.8.2009, ou seja, antes da consumação do prazo de dez anos estipulado no artigo 103 da Lei 8.213/91. Logo, não se consumou nem prescrição de fundo de direito, nem decadência do direito à revisão do ato indeferitório.
> 6. Agravo Regimental do INSS desprovido.
> (AgRg no Resp 1364155/SE, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgamento em 10/12/2013)

Rejeitada, pois, a prejudicial suscitada.

IV – Do mérito

Cinge-se a controvérsia sobre a (i)legalidade do Decreto nº 81.240/78 e, consequentemente, do Regulamento do PBS que estabeleceu limite etário para que os beneficiários dos planos de previdência privada pudessem receber a complementação integral da aposentadoria.

Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a normatização efetuada pelo Decreto nº 81.240/78 ocorreu dentro dos parâmetros de discricionariedade que caracterizam o poder regulamentador da Administração Pública e com previsão na própria Lei nº 6.435/77, dispondo em seu art. 87, *verbis*:

> Art. 87. O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados a partir da data da sua publicação.

Ressalte-se que o âmbito de regulação admitido pela Lei nº 6.435/77 era extenso, tendo em vista que o seu art. 3º dispunha que o Poder Público deveria determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira, senão vejamos:

> Art. 3° A ação do poder público será exercida com o objetivo de:
> I – *Omissis;*
> **II - determinar padrões mínimos adequados de segurança econômico-financeira, para preservação da liquidez e da solvência dos planos de benefícios, isoladamente, e da entidade de previdência privada, em seu conjunto;** (grifo inexistente no original).

Dessa forma, embora a Lei nº 6.435/77 não tenha estatuído expressamente uma idade mínima para a percepção do benefício suplementar, tratava-se de medida técnica indispensável à consecução de um fim colimado pela lei - garantia da liquidez e solvência dos planos de previdência privada.

No mesmo sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal ao apreciar, no âmbito da ADI 2.387, o argumento de inconstitucionalidade do Decreto de nº 3.721/2001, que alterava artigos do Decreto nº 81.240/78:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 3.721, DE 8.01.2001, QUE ALTERA OS ARTIGOS 20, II E 31, INCISOS IV E V DO DECRETO Nº 81.240, DE 20.01.78. LEI Nº 6.435, DE 15.07.77, QUE DISCIPLINA O FUNCIONAMENTO DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA FECHADA. DECRETO AUTÔNOMO. INEXISTÊNCIA. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que a questão relativa ao decreto que, a pretexto de regulamentar determinada lei, extrapola o seu âmbito de incidência, é tema que se situa no plano da legalidade, e não no da constitucionalidade. **No caso, o decreto em exame não possui natureza autônoma, circunscrevendo-se em área que, por força da Lei nº 6.435/77, é passível de regulamentação, relativa à determinação de padrões mínimos adequados de segurança econômico-financeira para os planos de benefícios ou para a preservação da liquidez e da solvência dos planos de benefícios isoladamente e da entidade de previdência privada no seu conjunto. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.**
> (ADI 2387, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2001, DJ 05-12-2003 PP-00018 EMENT VOL-02135-06 PP-01037, grifo inexistente no original).

Assim, em consonância com o entendimento consagrado pelo e. STF, o Superior Tribunal de Justiça firmou sua jurisprudência em favor da legalidade do Decreto nº 81.240/78, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL. PRETENSÃO DE PREQUESTIONAR DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LIMITE DE IDADE. DESCABIMENTO. PRECEDENTE. MATÉRIA PACIFICADA. DATA DE FILIAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. PROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
1 - Com relação ao pedido de manifestação dessa Corte sobre artigo da Constituição Federal apontado como violado, bem como da alegada ilegalidade do artigo 31 Decreto n. 81.240/78 frente à Constituição Federal de 1988, para fins de prequestionamento, tal pretensão vai além da competência deste Pretório Excelso, sendo remansoso o entendimento neste Sodalício no sentido da impropriedade de tal pretensão em sede de Recurso especial.
2 - **A e. 4ª Turma, no julgamento do REsp n. 1.125.913/RS (Rel. Min. Luís Felipe Salomão, unânime, DJe de 12.11.2010), decidiu que é legítimo o estabelecimento do limite de idade em 55 anos promovido pelo Decreto n. 81.240/1978, sem extrapolar os parâmetros fixados na Lei n. 6.435/1977, que não veda tal prática, além de ser imperativo a manutenção do equilíbrio atuarial da instituição de previdência complementar.**
3 - No caso dos autos, a Agravante aderiu ao plano de benefício da entidade de previdência FUNDAÇÃO PETROBRÁS DE SEGURIDADE SOCIAL PETROS, ora Agravada, no dia 11 de setembro de 1978, isto quer dizer, em data anterior à alteração do Regulamento do Plano de Benefício da Petros/1979 (Decreto n. 81.240/78), que se deu no dia 29 de novembro de 1979. Sua filiação, por conseguinte, não deve sofrer as restrições do referido diploma legal.
4 - Agravo Regimental provido para negar provimento ao Recurso Especial. (AgRg no REsp 1172363/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/05/2012, DJe 20/08/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR LIMITE DE IDADE. DECRETO 81.240/78. LEI 6.435/77. VALIDADE. COMPETÊNCIA. SÚMULAS 5 E 7 STJ. SÚMULA 115/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.
1. O Decreto 81.240/78, ao estabelecer a idade mínima de 55 anos para o pagamento de complementação de aposentadoria, não exorbitou as disposições da Lei 6.435/77, mas se valeu de critério razoável com a precisa finalidade de cumprir as determinações legais de manter a liquidez e solvência das entidades de previdência privada. Precedentes.
2. Os óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ aplicam-se às hipóteses em que a solução da controvérsia demanda reexame do conjunto fático-probatório dos autos e interpretação de cláusula contratual, procedimentos não utilizados, no caso exame.
3. Verificar se o Decreto 81.240/78 exorbita os limites do poder regulamentar é questão que se situa no âmbito do controle de legalidade, de competência desta Corte. Precedentes do STF.

> 4. Demonstrado que na procuração outorgada pela PETROS não foi estabelecido prazo de validade determinado, é regular o substabelecimento à subscritora do recurso especial e do agravo de instrumento, circunstância que afasta a incidência da Súmula 115/STJ.
> 5.Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.
> (EDcl no AgRg no Ag 1180501/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 27/09/2011)

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

Coadunando com tal entendimento, oportuno destacar recente julgado dessa Egrégia 2ª Câmara Cível, tendo como Relator o Eminente Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes, assim ementado:

> PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE COBRANÇA. REDUTOR ETÁRIO. PREVISÃO: decreto 81.240/78 E REGULAMENTO INTERNO DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA (FAELCE). Usurpação do poder regulamentar (art.84, iv, cf). Inocorrência. mera criação de Instrumento viabilizador do equilíbrio atuarial das entidades de previdência complementar. Permissivo legal (lei 6.435/77). Beneficiário que se aposenta antes dos 55 (cinquenta e cinco) anos de idade. Legalidade dos descontos efetivados em sua complementação de aposentadoria. Precedentes: stj. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada.
> 1. O cerne da controvérsia cinge-se ao reconhecimento (ou não) da legalidade do art. 31, IV, do decreto n° 81.240/78 e, por sua vez, do regulamento interno da entidade promovida que incorporou esse dispositivo, os quais preveem a aplicação de redutor etário aos beneficiários que se aposentem antes da data mínima neles estabelecida. 2. Observa-se, por meio da análise de diversos julgados, inclusive de minha relatoria, que este tribunal tem se manifestado, quase à unanimidade, pela ilegalidade do art. 31, IV, do decreto n° 81.240/78 e, igualmente, do regulamento interno da entidade de previdência privada que incorporou esse dispositivo, sob o fundamento de que estabelecem limite

de idade não previsto na lei 6.435/77 (regulamentada) para concessão de suplementação de aposentadoria por tempo de serviço, em manifesta ofensa ao poder regulamentar disposto no art. 84, inciso IV, da CF/88. 3. Ressalte-se, no entanto, que apesar do entendimento pacificado no âmbito deste Tribunal, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em voto da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, manifestou-se no sentido de declarar a legalidade do aludido decreto e do regulamento da entidade de previdência complementar - no caso, a PETROS -, entendendo não haver usurpação do poder regulamentar previsto na Constituição, mas apenas regulamentação de matéria que a lei 6.435/77 deixou em aberto. 4. Posteriormente, a legalidade do decreto 81.240/78 e, por sua vez, do regulamento da entidade de previdência privada, reconhecida pela interpretação adotada pela Quarta Turma, foi referendada pela Segunda Seção do STJ, em voto cujo relator foi o Ministro Sidnei Beneti. 5. Desse modo, de acordo com a interpretação conferida pelo STJ, a disposição contida no art. 31, IV, do decreto 81.240/78 e no regulamento interno da promovida, pertinente à fixação de idade mínima como requisito para percepção integral do benefício de aposentadoria, não teria excedido os limites previstos na lei 6.435/77, mas apenas criado mecanismo permitido pela própria lei para assegurar a preservação do equilíbrio atuarial das entidades de previdência complementar, de modo a garantir sua viabilidade, motivo pelo qual restou reconhecida a legalidade de tal disposição. 6. Por conseguinte, deve-se levar em consideração a força dos precedentes judiciais, conforme estatuído por esta relatoria em julgamentos pretéritos, nos quais consolidou-se método que busca a unificação de entendimento das diversas Câmaras sobre recursos que abranjam matérias idênticas, iniciando-se pela própria relatoria do julgador e de sua Câmara, primando, especialmente, pela adequação à linha interpretativa adotada pelos Tribunais Superiores, propiciando, assim, um elemento identificativo capaz de gerar um precedente judicial, aderindo a força do precedente às fontes de direito. 7. DIANTE DE TODO O EXPOSTO, CONHEÇO do recurso de APELAÇÃO, vez que preenchidos os requisitos de admissibilidade recursais. No mérito, VOTO pelo TOTAL PROVIMENTO do apelatório em evidência, para, declarando a legalidade do decreto 81.240/78 e, por sua vez, do regulamento interno da entidade promovida, reconhecer a legitimidade dos descontos efetivados no benefício do apelado/autor, em razão do redutor etário naqueles previsto, reformando, in totum, a sentença objurgada. 8. Ônus da sucumbência (custas judiciais e honorários advocatícios) a ser suportado pelo promovente (apelado), em razão do princípio da causalidade. Entretanto, por ser a parte beneficiária da assistência judiciária gratuita, a "obrigação ficará suspensa até que cesse a situação hipossuficiente ou, caso decorridos cinco anos, quando consumada a prescrição, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50" (EDcl na AR 4.401/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 07/11/2011). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

(TJCE, Apelação 985177200780600011, Rel. Des. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES, 2ª Câmara Cível, Data de Registro: 05/05/2012)

Ademais, uma vez que a previsão de idade mínima sempre esteve implicitamente autorizada pela Lei nº 6.435/77, por se tratar de técnica indispensável à garantia da liquidez e solvência dos planos de previdência privada, tendo o Decreto nº 81.240/78 simplesmente explicitado essa necessidade e instituído o patamar exigido, não se vislumbra qualquer ilegalidade no fato de a Fundação SISTEL de Seguridade Social ter-se antecipado ao Decreto nº 81.240/78, inserindo já no seu regulamento de 1977 o requisito etário, fixando a idade mínima de 58 anos, a qual foi reduzida posteriormente, por meio de novo regulamento, para 57 anos.

Insta asseverar, portanto, a possibilidade da aplicação do fator de redução por idade.

Diante do exposto, conheço e dou provimento a presente apelação cível, reformando a sentença monocrática para julgar improcedente o pleito autoral.

No ensejo, condeno a parte autora ao pagamento de ônus sucumbenciais, fixando os honorários advocatícios em R$ 600,00 (seiscentos reais), em atenção ao grau considerável de zelo profissional, à facilidade de acesso do local de prestação de serviço e à baixa complexidade da causa, ressalvando, contudo, que a exigibilidade dessa condenação resta condicionada à comprovação da cessação do estado de hipossuficiência da promovente.

É como voto.

Fortaleza, 24 de setembro de 2014.

PROCESSO: 0001407-05.2008.8.06.0071 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA COMARCA DE CRATO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUPRIMENTOS MÉDICOS. IDOSA CARENTE QUE VIVE ACAMADA. ILEGIMITIDADE PASSIVA. NÃO ACOLHIMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. SAÚDE. DIREITO À VIDA. MÁXIMA CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. A OBRIGAÇÃO JURÍDICA DE FORNECER ATENÇÃO NECESSÁRIA À MANUTENÇÃO DA VIDA DE UM SER HUMANO NÃO SE TRATA DE AMPLIAR POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE, E SIM CORRIGIR OMISSÃO DO ESTADO, EM TÃO-SOMENTE APLICAR TAL POLÍTICA. INAPLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL. PRECEDENTES DESTA RELATORIA (AC N. 0057754-74.2008.8.06.0001, N. 0040795-86.2012.8.06.0001, AI N. 0010612-72.2011.8.06.0000 E OUTROS). REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 16 de dezembro de 2014

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa obrigatória e recurso voluntário oriundo da Comarca de Crato tiradas ao fito de adversar a prestação jurisdicional de fls. 316/319, ditada em sede de Ação Civil Pública, tramitante na 4ª Vara da Comarca de Crato, manejada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ contra o ESTADO DO CEARÁ e MUNICÍPIO DE CRATO, a qual jugou parcialmente procedente o pedido inicial, determinando que ambos os entes acionados forneçam, solidariamente, à Sra. Maria Apostolina do Espírito Santo, mensalmente, sessenta fraldas geriátricas.

O Estado do Ceará interpôs o recurso de apelação de fls. 333/339 e 341/346, porfiando por reformar a sentença resistida.

O Ministério Público, por sua vez, apresentou as contrarrazões de fls. 350/354, prestigiando o decreto monocrático.

Expediente de vista à Procuradoria-Geral de Justiça, na fl. 367, ocasião em que dispôs, às fls. 368/370, haver desnecessidade de emissão de parecer meritório, em vista do entendimento do STJ de que só atuará obrigatoriamente como fiscal da lei se não intervir no processo como parte.

É o que importa relatar.

À revisão.

Fortaleza, 2 de dezembro de 2014

VOTO

Apelo conhecido, tendo em vista o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade recursal.

Quanto a preliminar de ilegitimidade passiva, temos que igualmente não merece acolhimento.

A Constituição Federal, em seu art. 196, preconiza que a saúde é direito de todos e dever do Estado , não imputando, em momento algum, incumbências diferenciadas a cada um dos entes federativos, referindo-se a Magna Carta, a Estado *lato sensu*, de tal sorte que a responsabilidade entre os entes que integram a Federação, é solidária, pelo que cada um deles tem legitimidade para responder de maneira isolada, por obrigações pertinentes à assistência à saúde, como a que agora se cogita.

Este é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

> MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pelã transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal.
> SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.
> (STF - RE 195192, Relator(a): Min. MARÇO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 22/02/2000, DJ 31-03-2000 PP-00060 EMENT VOL-01985-02 PP-00266)

Idêntica é a linha interpretativa assente no **Superior Tribunal de Justiça**:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.
> 1. Esta Corte em reiterados precedentes tem reconhecido a responsabilidade solidária dos entes federativos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que concerne à garantia do direito à saúde e à obrigação de fornecer medicamentos a pacientes portadores de doenças consideradas graves.
> 2. Agravo regimental não provido.
> (STJ- AgRg no Ag 961.677/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 11/06/2008)

É que, de igual modo, por ser o Sistema Único de Saúde formado por União, Estados e Municípios conjuntamente, a solidariedade dos três entes, na garantia da efetivação do direito à saúde, surge como consectário lógico.

Destarte, não subsiste a preliminar recursal de que a competência para o fornecimento de fármacos, encerra divisões herméticas de responsabilidade entre as três esferas da Federação, sendo, portanto, o Estado, parte legitimada para figurar, de forma isolada, no polo passivo da presente demanda.

Quanto à matéria de fundo, vê-se que a decisão recorrida bem aplicou o direito à espécie. O bem da vida que se entremostra em jogo no processo em tópico, é a própria manutenção da saúde e indireramente da existência do apelado. Nestes termos, o direito à vida é o que deve prevalecer no caso concreto, tendo em vista tratar-se de requisito de existência, e pré-requisito ao exercício de todos os demais direitos e garantias do indivíduo.

Alega-se que a Idosa, 90 anos - destinatária da atenção que se busca na presente demanda não detém recurso financeiro suficiente para custear os aludidos suprimentos médicos – fraudas geriátricas etc -, porquanto percebe aposentadoria no valor ínfimo.

A Constituição Federal proclama, aliás, como todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos assentados em um Estado Democrático de Direito, o direito à vida, cabendo ao Estado, no mínimo, assegurá-lo, tanto no sentido estrito de dar continuidade à vida, como no sentido de prover condições de vida digna e sociável, assegurando também a todo cidadão, independente de sua condição econômica, o direito à saúde, impondo, para tanto, ao Estado, o dever constitucional de garantir, por meio de políticas sociais e econômicas, ações que possam permitir a todos o acesso à assistência médica e farmacológica.

Eis o teor da norma constitucional:

> 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:
> (...) ".

Acatar o pleito recursal, seria o mesmo que, indiretamente, impossibilitar ou relativizar essa garantia, o que certamente não se entende possível, sob o prisma jurídico, mormente em se tratando de pessoa que efetivamente comprovou necessitar da aludida atenção.

Contundente é a norma constitucional quando se refere à garantia da saúde, prescrevendo em seu art. 196 que "*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*".

Ademais, não se verifica ingerência do Poder Judiciário, no caso em análise, quanto menos quebra do princípio constitucional da separação dos poderes (art. 2º, da Constituição Federal), de maneira que a obrigação jurídica de fornecer atenção necessária à manutenção da vida de um cidadão brasileiro, como se observa, não se trata de ampliar política pública de saúde, e sim corrigir omissão do Estado, em tão-somente aplicar tal política.

No caso dos autos, não há qualquer razoabilidade em se denegar a necessária atenção à recorrida, não havendo óbice legal que possa impedir a cristalização do mais

importante direito/garantia do homem - o direito à vida, consagrado como cláusula pétrea na Carta Magna.

Veja-se, a propósito, o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

> MEDICAMENTO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE – DEVER DO ESTADO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE.
> 1. Esta Corte tem reconhecido que os portadores de moléstias graves, que não tenham disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, têm o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade. Precedentes.
> 2. O direito à percepção de tais medicamentos decorre de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida (art. 5º, caput) e à saúde (art. 6º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II), bem como a organização da seguridade social, garantindo a "universalidade da cobertura e do atendimento" (art. 194, parágrafo único, I).
> 3. A Carta Magna também dispõe que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196), sendo que o "atendimento integral" é uma diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde (art. 198).
> 4. *In casu*, não havendo prova documental de que o remédio fornecido gratuitamente pela administração pública tenha a mesma aplicação médica que o prescrito ao impetrante – declarado hipossuficiente -, fica evidenciado o seu direito líquido e certo de receber do Estado o remédio pretendido.
> 5. Recurso provido".
> (RMS 17425/MG; RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2003/0202733-4, MINISTRA ELIANA CALMON, T2 - SEGUNDA TURMA, DJ 22.11.2004 P. 293).

> ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DA AIDS. FORNECIMENTO PELO ESTADO. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DA DELIMITAÇÃO CONSTANTE NA LEI Nº 9.313/96. DEVER CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES.
> 1. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA V. ACÓRDÃO QUE ENTENDEU SER OBRIGATORIEDADE DO ESTADO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PORTADORES DO VÍRUS HIV.
> 2. NO TOCANTE À RESPONSABILIDADE ESTATAL NO FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS NO COMBATE À AIDS, É CONJUNTA E SOLIDÁRIA COM A DA UNIÃO E DO MUNICÍPIO. COMO A LEI Nº 9.313/96 ATRIBUI À UNIÃO, AOS ESTADOS, AO DISTRITO FEDERAL E AOS MUNICÍPIOS O DEVER DE FORNECER MEDICAMENTOS DE FORMA GRATUITA PARA

O TRATAMENTO DE TAL DOENÇA, É POSSÍVEL A IMEDIATA IMPOSIÇÃO PARA TAL FORNECIMENTO, EM VISTA DA URGÊNCIA E CONSEQÜÊNCIAS ACARRETADAS PELA DOENÇA.
3. É DEVER CONSTITUCIONAL DA UNIÃO, DO ESTADO, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS O FORNECIMENTO GRATUITO E IMEDIATO DE MEDICAMENTOS PARA PORTADORES DO VÍRUS HIV E PARA TRATAMENTO DA AIDS.
4. PELA PECULIARIDADE DE CADA CASO E EM FACE DA SUA URGÊNCIA, HÁ QUE SE AFASTAR A DELIMITAÇÃO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS CONSTANTE NA LEI Nº 9.313/96.
5. A DECISÃO QUE ORDENA QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FORNEÇA AOS DOENTES OS REMÉDIOS AO COMBATE DA DOENÇA QUE SEJAM INDICADOS POR PRESCRIÇÃO MÉDICA, NÃO PADECE DE ILEGALIDADE.
6. PREJUÍZOS IRIAM TER OS RECORRIDOS SE NÃO LHES FOR PROCEDENTE A AÇÃO EM TELA, HAJA VISTA QUE ESTARÃO SENDO USURPADOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, COM A CUMPLICIDADE DO PODER JUDICIÁRIO. A BUSCA PELA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEVE SER PRESTIGIADA PELO MAGISTRADO, DE MODO QUE O CIDADÃO TENHA, CADA VEZ MAIS FACILITADA, COM A CONTRIBUIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO, A SUA ATUAÇÃO EM SOCIEDADE, QUER NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO, QUER NAS DE DIREITO PÚBLICO.
7. PRECEDENTES DA 1ª TURMA DESTA CORTE SUPERIOR.
8. RECURSO IMPROVIDO"
(RESP 325337/RJ ; RECURSO ESPECIAL, MINISTRO JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ 03.09.2001 P. 159).

RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. SUS. LEI N. 8.080/90.
- O VENERANDO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO EGRÉGIO TRIBUNAL *A QUO* DECIDIU A QUESTÃO NO ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL, NOTADAMENTE À LUZ DA LEI N. 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990. - O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE PRESSUPÕE A INTEGRALIDADE DA ASSISTÊNCIA, DE FORMA INDIVIDUAL OU COLETIVA, PARA ATENDER CADA CASO EM TODOS OS NÍVEIS DE COMPLEXIDADE, RAZÃO PELA QUAL, COMPROVADA A NECESSIDADE DO MEDICAMENTO PARA A GARANTIA DA VIDA DA PACIENTE, DEVERÁ SER ELE FORNECIDO. - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.
(RESP 212.346/RJ, REL. MIN. FRANCIULLI NETTO, 2ª T., DJ 04/02/2002).

Dessa forma, a decisão que assegurou o recebimento da atenção à saúde requisitada na peça de ingresso, além de seu elevado sentido social, não viola qualquer preceito legal, estando, ao contrário, em harmonia com a Constituição Federal e a jurisprudência, sobre o tema.

Outrossim, a alegada aplicação do princípio denominado "reserva do possível", tangencia a inobservância das normas orçamentárias e risco de comprometimento de recursos financeiros originariamente destinados à satisfação das responsabilidades verdadeiramente atribuídas ao ente público, dentro da estrutura hierarquizada do SUS, decorrente prejuízo ao interesse coletivo; e, risco de efeito multiplicador.

Além do aspecto financeiro e orçamentário, aduzem ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e impessoalidade, vez que os recursos serão revertidos em benefício exclusivo de poucos indivíduos, no custeio de um fornecimentos de alimentos especiais e insumos específicos; e, violação do princípio da Separação dos Poderes.

Vislumbra-se, em contrapartida, que os direitos à vida e à saúde, receberam do legislador constitucional, o traço de fundamentalidade que os dota de imediata exequibilidade, na forma do artigo 5º, ˜1º, que lhes garante a aplicação imediata e decorrente fruição.

Não socorrer àquele que busca através de uma política pública a plena aplicabilidade do direito à vida e à saúde, implica no descumprimento dos preceitos constitucionais por omissão, que se revela contrária ao Estado Democrático de Direito. A proteção à saúde, em todas as suas instâncias, dos necessários meios de tratamento médico à distribuição gratuita de medicamentos, já foi consolidada como obrigação estatal perante a jurisprudência dos Tribunais Superiores, desde a decisão paradigmática que obrigou à disponibilização de remédios na rede pública aos portadores de HIV, assim com vertido em precedentes do STF, STJ, e deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> PACIENTE COM HIV/AIDS PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS DIREITO À VIDA E À SAÚDE FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) PRECEDENTES (STF) RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.
>
> O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público,

> a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico hospitalar. O direito à saúde além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro não pode converter se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.
> (RE-AgR 271286/RS, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, pub. DJ 24/11/2000, p. 101, votação unânime e precedentes)

E, ainda, ressaltando o REsp 900.487/RS, de Relatoria do E. Ministro HUMBERTO MARTINS, julgado em 13/02/2007, DJ 28/02/2007 p. 222):

> RECURSO ESPECIAL - FAZENDA PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - CRIANÇA - LEITE ESPECIAL COM PRESCRIÇÃO MÉDICA - BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS - CABIMENTO - ART. 461, § 5º DO CPC - PRECEDENTES.
> 1. Preliminarmente, o recurso especial deve ser conhecido pela alínea "a", uma vez que a matéria federal restou prequestionada. O mesmo não ocorre com a alínea "c", pois o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico, bem como não apresentou, adequadamente, o dissídio jurisprudencial.
> 2. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos a criança que necessita de leite especial, por prescrição médica.

> 3. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível ou, no caso, de leite especial de que a criança necessita, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano.
> 4. A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade.
> 5. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao sequestro e encontra respaldo no art. 461, ˜ 5º, do CPC, pois trata-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. Precedentes da Primeira Seção.
> Recurso especial conhecido em parte e improvido.

Em pronunciamento deste Egrégio Tribunal de Justiça, em sede do Mandado de Segurança 2006.0005.6851-1/0, Tribunal Pleno, por Relatoria do Des. JOSÉ EDMAR DE ARRUDA COELHO, assim assentou jurisprudência:

> MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - ASSEGURADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - (ART. 6º E 196) - SISTEMA ÚNICO DE SAUDE - LEI N° 8.O80/90 – DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO RECEBIMENTO DOS MEDICAMENTOS – SEGURANÇA CONCEDIDA.

À vista do exposto, voto pela confirmação da sentença reexaminada, e o consequente improvimento do recurso e da remessa de ofício.

É como me posiciono.

Fortaleza, 2 de dezembro de 2014

PROCESSO: 0000145-82.2012.8.06.0199 - APELAÇÃO
APELANTE: MUNICÍPIO DE MARTINÓPOLE
APELADOS: MARIA STELA SOARES SETÚBAL, MARIA LUCIENE DA COSTA, MARIA APARECIDA GOMES, INUCENCIA ALVES DE MELO, ANTONIA APARECIDA GOMES, FRANCISCA PEREIRA ALVES BARROS, MARIA DOS NAVEGANTES DE SAMPAIO LOPES, MARIA DO LIVRAMENTO DOS SANTOS, MARIA CELENA SOUSA BERNARDINO E MARIA DA CONCEIÇÃO RODRIGUES
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. CARGA HORÁRIA REDUZIDA. IMPOSSIBILIDADE DE PERCEPÇÃO DE REMUNERAÇÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. INCIDÊNCIA DO ART. 7°, IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO STF, STJ E TJCE. COBRANÇA DE SALÁRIOS NÃO RECEBIDOS.
Apelação conhecida e improvida. Sentença mantida.

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 que determinou o pagamento de pelo menos um salário mínimo às servidoras, bem como o pagamento dos salários não recebidos nos meses de janeiro a maio de 2005.

Fortaleza, 25 de fevereiro de 2015

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo Município de Martinópole com o intuito de reformar a sentença monocrática que determinou o pagamento de pelo menos um salário mínimo à servidoras, bem como o pagamento dos salários dos meses de janeiro a maio de 2005 que não foram recebidos à época.

Argui o Município apelante que as apeladas possuem carga horária reduzida e que não é justo que percebam o mesmo valor de quem labora maior número de horas, sendo lícito o pagamento proporcional à jornada de trabalho consoante decisões judiciais e doutrina trabalhista referente ao tema.

No que concerne ao pagamento dos salários dos meses de janeiro a maio de 2005 aponta que as apeladas ficaram afastadas do serviço público municipal nesse período em virtude da anulação, pela própria Administração Municipal, do concurso público em que foram aprovadas.

Regularmente intimadas as apeladas apresentaram contrarrazões recursais às fls. 316/ 318 reafirmando seu direito de perceber pelo menos um salário mínimo por mês independentemente das horas trabalhadas e o direito ao recebimento dos salários dos meses de janeiro a maio de 2005 em virtude da ilegalidade do afastamento das servidoras de suas atividades.

Manifestação da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 348/353 manifestando-se favorável à manutenção da decisão monocrática.

É o relatório no que há de essencial.

À douta revisão.

VOTO

Versam os presentes autos acerca da discussão quanto à possibilidade de pagamento de vencimentos menores que o salário mínimo utilizando-se o critério da proporcionalidade em relação à carga horária trabalhada.

A análise da presente lide pressupõe a apreciação e interpretação dos arts. 7°, IV c/c art. 39, §3° da Constituição Federal que estabelecem:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
>
> **Art. 39.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide ADIN nº 2.135-4)

> **§ 3º** Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará possui jurisprudência bem assentada sobre o assunto, corroborando com meu entendimento acerca impossibilidade de pagamento de vencimentos em valores inferiores ao salário mínimo. Nesse sentido importante destacar:

> Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. LEI ORGÂNICA QUE PREVÊ TODOS OS ELEMENTOS ESSENCIAIS À PERCEPÇÃO DA GRATIFICAÇÃO PÓ-DE-GIZ. NORMA DE EFICÁCIA PLENA. PARCELA DEVIDA. COMPROVAÇÃO DE QUE O ADICIONAL DE QUINQUÊNIO JÁ É REGULARMENTE PAGO. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO. VENCIMENTO MENOR QUE O SALÁRIO MÍNIMO. PROPORCIONALIDADE COM RELAÇÃO À CARGA HORÁRIA TRABALHADA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO SALÁRIO MÍNIMO. APLICAÇÃO DO ART 7º, IV, C/C ART 39, § 3º, DA CF/88. APELAÇÃO DO MUNICÍPIO DE LAVRAS DA MANGABEIRA CONHECIDA E DESPROVIDA. APELAÇÃO DE FRANCISCO IRANILDO DINIZ E OUTROS CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.
> 1. Cuidam-se os autos de apelações cíveis interpostas, de uma parte pelo Município de Lavras da Mangabeira e, da outra por servidores públicos , irresignados com a decisão do juiz de 1º grau que acolheu parcialmente o pleito dos trabalhadores, determinando que o ente municipal pagasse gratificação de 40% prevista em Lei Orgânica do Município, e rejeitando os pedidos das partes autoras no tocante ao adicional de quinquênio e pagamento pelo menos um salário mínimo como remuneração. 2. Preliminarmente, deve ser rejeitada a arguição de falta de interesse de agir realizada pelo ente municipal, uma vez que inexiste a necessidade de esgotamento da via administrativa para que, neste caso, possam os autores ter acesso ao Poder Judiciário, além de a nossa Carta Magna consagrar em seu art 5º, inciso XXXV, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Preliminar afastada. 3. O art. 249 da Lei Orgânica do Município de Lavras da Mangabeira é uma norma de eficácia plena, sem depender de legislação ulterior para que possa surtir efeitos. O dispositivo prevê todos os elementos essenciais ao direito pretendido pelas requerentes, notadamente, a hipótese de incidência e o valor do referido adicional. É devida, portanto, a gratificação pó-de-giz, no valor de 40% (quarenta por cento) do salário

mensal. 4. No tocante ao adicional de quinquênio, existe prova carreada nos autos que já é pago regularmente às partes autoras, razão pela qual não deve proceder o pedido. 5. A última discussão de mérito circunscreve-se na possibilidade de um servidor público estável receber a título de vencimentos quantia inferior a um salário mínimo, de forma proporcional à sua jornada de trabalho, uma vez que no presente caso a dos servidores corresponde a apenas quatro horas diárias. 6. De fato, a garantia constitucional do salário mínimo estende-se a qualquer servidor, estando estampada em nossa Carta Magna, no art 7º, IV, c/c art. 39, § 3º. Inexiste qualquer previsão legal que possibilite o pagamento proporcional do salário mínimo de acordo com a jornada de trabalho. 7. A jurisprudência desse Egrégio Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal Federal também consagram esse direito ao servidor público. 8. Tendo em vista tais considerações, o município recorrido deve remunerar seus servidores adequando-se ao quantum limítrofe estipulado na Carta Maior, qual seja, o salário mínimo nacionalmente unificado, expungindo o teratológico cálculo que vincula esse à jornada de trabalho. 9. Apelação de FRANCISCO IRANILDO DINIZ e OUTROS conhecida e parcialmente provida. Apelação do Município de Lavras da Mangabeira conhecida e desprovida.
(Apelação 68774200680601141, Relator(a): PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE, Comarca: Fortaleza, Órgão julgador: 1ª Câmara Cível, Data de registro: 31/07/2013)

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA E CAUTELAR. SERVIDORAS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PARADIGMAS APONTADOS EM SITUAÇÃO DIVERSA. EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS. EFEITOS DA COISA JULGADA EM PROCESSO DIVERSO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 472 DO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 339 E DA SÚMULA VINCULANTE Nº 4 STF.
I - Trata-se de apelação e reexame necessário contra sentenças que julgaram procedentes os pedidos das autoras, ora recorridas, conferindo-lhes o direito à pretendida isonomia de vencimentos com paradigma que se beneficiou de sentença proferida pela Justiça do Trabalho, garantindo a vinculação remuneratória com múltiplos de salário mínimo. II - Em preliminar, o apelante alega que as pretensões judiciais estão fulminadas pela prescrição do fundo do direito, todavia, a prescrição incide na forma da Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça porque se revela relação jurídica de trato sucessivo, atingindo apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação cautelar, predecessora da lide ordinária. III - Aplicação do art. 472 da Lei Adjetiva Civil, uma vez que a "sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros". IV - O Poder Judiciário não pode aumentar os

vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia por não ser dotado de função legislativa. Inteligência da Súmula nº 339 do STF, que foi amplamente recepcionada pela Carta de Princípios, tanto que a Súmula Vinculante nº 4 do Pretório Excelso veda a vinculação dos vencimentos dos servidores públicos ao salário mínimo, conforme art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal. Precedentes do STF e STJ. V - O artigo 37, inciso XIII, da Constituição Federal impede a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço publico. VI - Reversão dos ônus da sucumbência, condenando as apeladas ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais) para ambas as ações. Obrigações suspensas por força do art. 12 da Lei nº 1.060/1950. Recursos conhecidos e providos.
(Apelação 75472116200080600011, Relator(a): FRANCISCO AURICÉLIO PONTES, Comarca: Fortaleza, Órgão julgador: 2ª Câmara Cível, Data de registro: 09/07/2013)

Ementa: CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚLICO MUNICIPAL. SALÁRIO MÍNIMO PROPORCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. PAGAMENTO DE DIFERENÇA ENTRE O PERCEBIDO E O MÍNIMO NACIONAL À ÉPOCA. ART. 7º, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECEBIMENTO DE VALORES NÃO PAGOS. REDUÇÃO DAS PARCELAS PRESCRITAS. PRECEDENTES STF E TJ/CE.
1. A Constituição Federal não possibilita a redutibilidade do salário mínimo, sobretudo no que diz respeito à disposição do art. 7º, VII. O entendimento jurisprudencial é no sentido de que o servidor público tem direito a percebê-lo integralmente, mesmo quando trabalhar em jornada reduzida. Precedente deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal. 2. No que tange aos pagamentos transatos, estes são devidos, resguardados seus reflexos, incluindo, por óbvio 13º e férias, devendo ser reduzidas, apenas, as parcelas atingidas pela prescrição quinquenal conforme entendimento já pacificado. 3. Quanto ao pedido de depósito do FGTS, este não encontra guarida pela legislação pertinente ao caso vez que as Autoras, conforme documentação acostada nos autos, são servidoras públicas Municipais. Conheço das apelações e da Remessa Necessária, para desprovê-las, mantida a sentença vergastada.
(Apelação / Reexame Necessário 785576200980600000 Relator(a): MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 6ª Câmara Cível Data de registro: 07/03/2013)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚLICO. REMUNERAÇÃO TOTAL INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. INTELECÇÃO DOS ARTS. 7º, IV E 39, §3º DA CF/88. SENTENÇA MANTIDA.

1 - O servidor público civil, ainda que trabalhe em carga horária reduzida, não pode ser remunerado com valor inferior ao do salário mínimo nacional, a teor do que dispõem os arts. 7º, inciso IX e art. 39, §3º, ambos da Constituição da República. 2 - A medida é mera exigência do princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que o piso salarial nacionalmente unificado é aquele tido pela Carta Magna como minimamente capaz de atender as necessidades mais frugais relativas à moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. 3 - O próprio Estatuto dos Servidores do Município de Piquet Carneiro, lei nº 368/1994, em seu art. 3º, IV, assegura aos servidores municipais da Administração Pública direta, autárquica e fundacional o vencimento base não inferior ao salário mínimo nacional. 4 - APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDAS E IMPROVIDAS.
(Apelação / Reexame Necessário 1807706200980600000 Relator(a): WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAUJO, Comarca: Fortaleza, Órgão julgador: 3ª Câmara Cível, Data de registro: 19/02/2013)

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚLICO MUNICIPAL. REMUNERAÇÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO À NORMA CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE COBRANÇA. DIFERENÇAS SALARIAIS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AUSÊNCIA. PEDIDO DE DEPÓSITO DO FGTS. INCOMPATIBILIDADE COM O REGIME JURÍDICO DA SERVIDORA. NÃO INCIDÊNCIA DAS REGRAS PREVISTAS NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO PARA JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO INAUGURAL.
1. Tratam os autos de Apelação Cível, em Ação de Cobrança, em que servidor público municipal pleiteia a diferença salarial entre o que efetivamente percebia mensalmente e o salário mínimo. 2. O salário mínimo tem por finalidade assegurar a dignidade humana do trabalhador, sendo, dessa forma, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (CF/88, art. 7º, IV). 3.Não há preceptivo constitucional ou legal que autorize a proporcionalidade da remuneração mínima ao número de horas trabalhadas, sobretudo porque o salário mínimo independe da carga horária de trabalho cumprida pelo servidor. 4.Afronta dispositivo constitucional o pagamento de servidor em quantia inferior ao valor definido para o salário mínimo (artigo 7º, IV, combinado com o artigo 39, §3º, ambos da Carta maior). 5.Assim, nenhum servidor, ativo, inativo ou sujeito à disponibilidade poderá receber valor aquém do salário mínimo. 6.No que

> tange ao pedido de depósito do FGTS, este não se entremostra pertinente, pois, uma vez eleito pelo ente apelante o regime estatutário para regular a relação jurídica com seus servidores, já firmou o Superior Tribunal de Justiça, em hipóteses como a ora em tablado, que: "O FGTS é sistema garantido e exclusivo do regime celetista. É incompatível a aplicação das suas regras a quem compõe o regime estatutário." (STJ; REsp 934.770/RJ; Relator(a): Ministro JOSÉ DELGADO; PRIMEIRA TURMA; julgado em 20/11/2007, Dje 30/06/2008). 7. Apelação conhecida e improvida. Em sede de reexame necessário pedido julgado parcialmente procedente.
> (Apelação 1021200980602171, Relator(a): SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA, Comarca: Fortaleza , Órgão julgador: 6ª Câmara Cível, Data de registro: 13/08/2012)

A jurisprudência do STF encontra-se também alinhada com minha interpretação e de nossa egrégia Corte Judiciária, inclusive reconhecendo a repercussão geral do tema e sua aplicabilidade a todos os casos análogos existentes. Colha-se à respeito do tema:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. SALÁRIO-BASE INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. ARTS. 7º, IV, E 39, § 3º (redação dada pela EC 19/98), DA CONSTITUIÇÃO.
> I - Questão de ordem. Matéria de mérito pacificada no STF. Repercussão geral reconhecida. Confirmação da jurisprudência. Denegação da distribuição dos recursos que versem sobre o mesmo tema. Devolução desses RE à origem para adoção dos procedimentos previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC. Precedentes: RE 579.431-QO/RS, RE 582.650-QO/BA, RE 580.108-QO/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 591.068-QO/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 585.235-QO/MG, Rel. Min. Cezar Peluso. II - Julgamento de mérito conforme precedentes. III - Recurso provido.
> (RE 582019 QO-RG / SP - SÃO PAULO, REPERCUSSÃO GERAL NA QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 13/11/2008, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009, EMENT VOL-02348-05 PP-01023, LEXSTF v. 31, n. 362, 2009, p. 257-265)

Em recente julgado, através de Decisão Monocrática proferida pela Min. Cármen Lúcia restou reafirmado o posicionamento instituído pela reconhecida repercussão geral acima mencionada, nos seguintes termos:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. SALÁRIO MÍNIMO APURADO SEGUNDO A

> DURAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO: IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDOS.
> (AI 742870 / CE – CEARÁ, RELATOR(A): MIN. CÁRMEN LÚCIA, JULGAMENTO: 07/01/2014, PUBLICAÇÃO DJE-026 DIVULG 06/02/2014 PUBLIC 07/02/2014)

No que diz respeito ao não pagamento dos salários dos meses de janeiro a maio de 2005 há que se destacar que a anulação, pela própria administração municipal do concurso público não poderia ocorrer sem a realização de regular processo administrativo, onde fosse garantido às servidoras o direito de defesa. Diante da ausência de realização do regular processo administrativo há que se entender não haver dúvida quanto à obrigatoriedade de pagamento dos salários correspondentes face à ilegalidade do afastamento.

Nesse sentido colha-se jurisprudência em amparo ao meu posicionamento:

> REEXAME NECESSÁRIO EM AÇÃO ORDINÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EXCLUSÃO DE servidor público da FOLHA DE PAGAMENTO SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. Impossibilidade. NECESSIDADE IMEDIATA DE REINTEGRAÇÃO ao cargo. SENTENÇA MANTIDA. REEXAME NECESSÁRIO desPROVIDO. 1. O cerne da presente querela está centrado na legalidade ou não do ato que retirou a servidora dos quadros funcionais do Município de Quiterianópolis, alterando unilateralmente os salários e, por fim, promovendo a sua exclusão da folha de pagamento. 2. Ausência de procedimento administrativo no âmbito do qual deveria ser assegurado à servidora o amplo direito de defesa, conforme mandamento constitucional. Descumprimento dos preceitos insculpidos nos arts. 5º, LV e 41, § 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. 3. Necessidade imediata de reintegração ao cargo. Direito líquido do servidor reintegrado à percepção dos valores que deixou de receber durante o período de seu afastamento indevido, com as correções de estilo. Precedentes. 4. Reexame necessário conhecido, porém completamente desprovido, ao manter incólume a sentença prolatada, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.
> (Reexame Necessário 268072200780600000, Relator(a): PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE, Comarca: Fortaleza,Órgão julgador: 1ª Câmara Cível,Data de registro: 21/03/2013)

Em face de todo o exposto, conheço da apelação interposta, julgando-a improcedente para reconhecer a impossibilidade de pagamento de vencimentos em

valor inferior ao salário mínimo independentemente da carga horária trabalhada, em consonância com a jurisprudência dominante e uniforme do TJCE e do STF, bem como reconheço a obrigação de pagamento dos salários referentes ao período de afastamento irregular das servidoras sem realização de prévio processo administrativo.

É como voto.

Fortaleza, 25 de fevereiro de 2015

PROCESSO Nº 0015206-68.2007.8.06.0000
REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADA: MARIA ROSÁLIA DE OLIVEIRA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: RECURSOS OFICIAL E APELATÓRIO. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI COMPLEMENTAR Nº 12/99 VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR, EM 2001. IDADE-LIMITE. MAIORIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 340 DO STJ. CESSAÇÃO LEGAL DA PENSÃO AOS 21 ANOS DE IDADE. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DA PENSÃO ATÉ OS 24 (VINTE E QUATRO) ANOS OU TÉRMINO DOS ESTUDOS UNIVERSITÁRIOS. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

1. O falecimento do segurado ocorreu em dezembro de 2001, sendo a pensão da autora regida pela Lei Complementar nº 12/99 (Regra Específica) e não pela Lei nº 8.213/91, como entendeu o juiz *a quo*.

2. Incidência da Súmula nº 340 do Superior Tribunal de Justiça, que diz: *"A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado."*

3. Assim, é de rigor admitir que a cessação do direito da autora ocorreu quando completou 21 (vinte e um) anos de idade, porque à época do falecimento do instituidor da pensão (2001) vigia legislação estadual que fixava a maioridade como marco final para a percepção do benefício.

4. Indevida a continuidade do recebimento do benefício até o término dos estudos universitários, por falta de amparo legal.

5. Recursos Oficial e Apelatório conhecidos e improvidos.

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 dos Recursos Oficial e Apelatório, para negar-lhes provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2015.

RELATÓRIO

Cuida-se de Reexame Necessário e Apelação Cível em Ação Ordinária intentada por MARIA ROSÁLIA DE OLIVEIRA contra o ESTADO DO CEARÁ, em cuja sentença o magistrado restabeleceu a pensão previdenciária em favor da autora até o limite de 21 (vinte e um) anos de idade, fls. 101/104, deixando de condenar as partes em honorários advocatícios, em razão da sucumbência recíproca.

Na inicial, fls. 03/12, a autora ressente-se por ter sido suprimida pensão previdenciária em seu favor, informando que é pensionista desde 28/02/2003, a partir da morte de seu genitor (2001), fl. 20, o instituidor da pensão. Afirma que em 10 de abril de 2007, o benefício foi cancelado, sob o argumento de que a autora não mais se caracterizava como dependente, porquanto atingira a maioridade civil. Esclarece, ainda, ser estudante universitária, encontrando-se devidamente matriculada em instituição de ensino superior. Transcreve jurisprudência em defesa de sua tese, sustentando a manutenção de pensão até os 24 (vinte e quatro) anos de idade, defendida pela Lei nº 10.776/82, desde que comprovada a condição de universitária, tal qual a demandante.

A seu turno, o Estado do Ceará aduz em contestação, fls. 44/52, inexistir o direito vindicado pela autora, nos termos do art. 331, § 7º, inciso II, da Constituição do Estado do Ceará, com redação dada pela EC nº 39/1999. Informa que o citado preceptivo constitucional determina, expressamente, a cessação do pagamento da pensão em relação ao filho que atinge a maioridade. Pugna, assim, pela improcedência do pedido.

Sentenciando o feito, julgou o magistrado parcialmente procedente a ação, com fundamento no art. 77, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

Nas razões de apelação, fls. 106/115, repete o ente público estadual as mesmas alegações, requerendo, ao final, o provimento do recurso, com a consequente reforma da decisão primeva.

Contrarrazões às fls. 120/124.
A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às fls. 140/145.
É o que importa relatar.
À douta revisão.

Fortaleza, 5 de fevereiro de 2015.

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos dos recursos apresentados, passo à análise dos pontos controvertidos.

O reexame necessário condiciona a eficácia da decisão 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.

Adentrando o mérito, saliento que no dia 05/05/1999, o art. 330 da Constituição do Estado do Ceará teve sua redação alterada pela EC nº 39/1999, prevendo novo sistema único de previdência para os servidores públicos estaduais, o qual veio a ser instituído pela Lei Complementar Estadual nº 12/1999, passando a administração da previdência à cargo da Administração Pública Direta, por meio do Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Públicos do Estado do Ceará – **SUPSEC**, abrangendo os agentes públicos e os membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, sejam ativos, inativos ou pensionistas.

Assim, a Lei Complementar nº 12/1999 excluiu da competência do IPEC (atual ISSEC) a gestão da previdência dos servidores públicos estaduais, sem, contudo extinguir aquela autarquia estadual, que permaneceu incumbida dos serviços de saúde dos servidores públicos.

Em seguida, foi editada a Lei Complementar nº 24/2000, que dispõe sobre as regras de transição entre o sistema previdenciário estadual anterior, gerido pelo IPEC (atual ISSEC), e o SUPSEC, administrado pela Administração Direta, determinando ao IPEC (atual ISSEC) a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios previdenciários quanto as prestações devidas até 30 de setembro de 1999; e, ao Estado do Ceará, a responsabilidade pelas prestações devidas a partir de 1º de outubro de 1999, excluindo-se em quaisquer das situações, as parcelas alcançadas pela prescrição quinquenal.

Firmadas tais premissas, observo que o falecimento do segurado ocorreu em dezembro de 2001, sendo a pensão da autora regida pela Lei Complementar nº 12/99, legislação específica, e **não** pela Lei nº 8.213/91, Regra Geral, como entendeu o

juiz *a quo*. Desse modo, *a* demandante manejou a ação corretamente contra o Estado do Ceará, ente legitimado a responder sobre a competência previdenciária a partir de 1999.

Ressalto, ademais, a inolvidável regra, sedimentada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e veiculada pela **Súmula nº 340**, que diz: ***"A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado."***

De fato, *in casu*, aplicável o art. 7º, inciso II, da Lei Estadual nº 10.776/82, onde o benefício perquirido alcança a autora da ação até os 21 (vinte e um) anos de idade, bem como o art. 6º da Lei Complementar nº 12/99, nos seguintes termos, respectivamente:

> Art. 7º. São considerados dependentes:
> I - a esposa, o marido inválido, os filhos de qualquer condição e os enteados, enquanto solteiros e menores de 21 (vinte e um) anos, ou quando inválidos, e a ex-esposa, salvo se esta: (...).
>
> LEI COMPLEMENTAR Nº 12/1999
>
> Art. 6º. O Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis e Militares, dos Agentes Públicos e dos Membros de Poder do Estado do Ceará - SUPSEC proporcionará cobertura exclusiva aos segurados, em favor de seus respectivos dependentes, observado o disposto no § 2º do Art. 4º desta Lei Complementar, ficando vedado o pagamento de benefícios mediante convênios ou consórcios entre o Estado e seus Municípios.
>
> Parágrafo único. Os dependentes de que trata o *caput,* são:
>
> I - o cônjuge supérstite, companheiro ou companheira,
> II - os filhos menores ou inválidos, sob dependência econômica do segurado;
> III - o menor sob tutela judicial, que viva sob dependência econômica do segurado.

Dessa forma, os dispositivos legais acima invocados somente comportam interpretação gramatical, não podendo o Poder Público se afastar do Princípio da Legalidade.

Como é cediço, foi somente após a vigência do Código Civil de 2002 (11/01/2003), que a maioridade civil passou a ser de 18 (dezoito) anos de idade, marco a partir do qual a pessoa adquire plena capacidade para os atos da vida civil (art. 5º do Código Civil).

Nessa esteira, forçoso é admitir que a pensionista deve gozar desse benefício até seus 21 (vinte e um) anos de idade, à luz da legislação vigente ao tempo do óbito do instituidor, desvelando-se imprópria a intenção de reduzir a maioridade para 18 (dezoito) anos.

Quanto ao requesto da continuidade do recebimento do benefício até o término dos estudos universitários, não encontra agasalho na legislação previdenciária do Estado do Ceará, a qual prevê o término do pensionamento com a maioridade do beneficiário, que, no caso dos autos, ocorreu quando completou 21 (vinte e um) anos de idade.

Nesse sentido, a orientação do STJ:

> "AÇÃO RESCISÓRIA. ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHA SOLTEIRA MAIOR DE VINTE E UM ANOS. LEI DE REGÊNCIA. DATA DO ÓBITO. LEI Nº 8.112/90. DECISÃO RESCINDENDA DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA.
> 1.A viabilidade da ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei pressupõe violação frontal e direta, contra a literalidade da norma jurídica.
> 2.A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que o direito à pensão deve ser regido pela legislação vigente à época da ocorrência do óbito do instituidor do benefício.
> 3.Concretamente, o óbito do ex-servidor ocorreu em 11.12.1992, sob a égide da Lei 8.112/90, que não mais continha previsão de concessão de pensão temporária à filha solteira maior de 21 anos.
> 4.Decisão rescindenda proferida de acordo com a jurisprudência desta Corte.
> 5.Ação rescisória julgada improcedente."
> (AR 3.299/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 13/04/2012).

Em casos similares, manifestou-se essa Corte de Justiça da seguinte forma:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE QUE JÁ ATINGIU A MAIORIDADE ESTABELECIDA PELO NOVO CÓDIGO CIVIL. BENEFÍCIO CONCEDIDO QUANDO JÁ VIGENTE O DIPLOMA CIVIL DE 2002. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DA PENSÃO ATÉ OS 24 (VINTE E QUATRO) ANOS OU TÉRMINO DOS ESTUDOS UNIVERSITÁRIOS. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL.

> I. Perfectibilizadas as condições para a concessão dos benefícios previdenciários, é esta regida pela legislação vigente à época em que os beneficiários preencheram os requisitos exigidos para tanto.
> II. A concessão da pensão por morte deve respeitar as condições instituídas nas normas em vigor ao tempo do evento morte. No presente caso, já se encontrava em vigor o Código Civil de 2002, que fixou a maioridade civil aos 18 (dezoito) anos, quando do óbito do genitor da autora.
> III. Não merece êxito o pleito de extensão do pensionamento até os 24 (vinte e quatro) anos de idade ou a conclusão de curso superior diante da falta de previsão legal a arrimar tal pedido, cujo deferimento afrontaria o princípio da legalidade estrita e ainda o sistema de freios e contrapesos, pois estaria o Judiciário a imiscuir-se na competência do Legislativo. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO."
> (Agravo de Instrumento nº 7 9436-29.2009.8.06.0000/0, Relator FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES, 2ª Câmara Cível, Registrado em 22/03/2012).

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 12/99. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO A UNIVERSITÁRIO ATÉ OS 24 (VINTE E QUATRO) ANOS. DECISÃO REFORMADA.
> 1. A Lei Complementar Nº 12/99, que prevê a concessão de benefício previdenciário, estabelece como limite a maioridade civil para recebimento da pensão, salvo em casos de invalidez.
> 2. Uma vez atingida a idade de 21 (vinte e um) anos, maioridade civil à época da concessão do benefício, restam ausentes os requisitos necessários à antecipação da tutela. Inexistência de lei estendendo o benefício até os 24 anos.
> 3. Recurso conhecido e provido."
> (Agravo de Instrumento nº 17151-30.2006.8.06.0000, Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3ª Câmara Cível, registrado 16/08/2007).

Diante do exposto, CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO ao Recurso Apelatório, efetivando o reexame necessário, para manter a sentença a fim de julgar procedente em parte o pedido formulado pela autora da ação, em consonância com entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça

Fortaleza, 2 de fevereiro de 2015.

REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001737-10.2005.8.06.0167
ORIGEM: 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SOBRAL
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SOBRAL
AUTOR: SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO- SAAE
RÉUS: DEPARTAMENTO DE EDIFICAÇÕES, RODOVIAS E TRANSPORTES - DERT/CE e ESTADO DO CEARÁ
RELATOR(A): DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA
ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. DERT. AUTARQUIA. ENTE PÚBLICO DOTADO DE PERSONALIDADE JURÍDICA E AUTONOMIA ADMINISTRATIVA. CAPACIDADE PARA ESTAR EM JUÍZO. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO ESTADO DO CEARÁ. TROCA DE TUBULAÇÃO DE ADUTORA COM O PROPÓSITO DE FORNECER ÁGUA A DISTRITO. TRANSTORNOS À POPULAÇÃO CARENTE DE RECURSO HÍDRICO. LIMINAR CONCEDIDA EM AÇÃO CAUTELAR. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO MAS NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que, em sendo dotada de personalidade jurídica própria, bem como de autonomia administrativa e financeira, a autarquia possui capacidade processual e, via de consequência, deve ser diretamente acionada em juízo no tocante à defesa de seus interesses. Portanto, nas demandas tais como a presente, o Estado do Ceará não possui legitimidade passiva *ad causam*.

2. No tocante a preliminar sustentada pelo DERT, o juízo de piso rejeitou a suposta impossibilidade jurídica do pedido, pois a tese de que o uso da faixa de domínio pelo Autor somente seria possível mediante formalização de permissão de uso especial não pode ser acolhida, na medida em que o caráter essencial do serviço público prestado pelo SAEE justifica o

afastamento do trâmite burocrático junto ao DERT, o qual pretendia impor o desvio da adutora em trezentos metros, a fim de aproveitar um bueiro existente na via.

3. A contenda posta em desate envolve, portanto, duas autarquias – SAAE, municipal, e DERT, estadual, ambas pessoas jurídicas de direito público, as quais controvertem interesses administrativos divergentes quanto à passagem de uma adutora de água da primeira demandante sobre a rodovia gerida pela segunda, sendo evidente a possibilidade jurídica do pedido.

4. É patente a existência de confronto de interesses públicos, sendo certo que o atendimento às irresignações do DERT causaria o atraso no fornecimento de água à população do distrito de São José do Torto, serviço de manifesta essencialidade cuja falta ensejaria sérios riscos à saúde. O interesse público deve ser entendido como o resultado do procedimento de determinação da medida administrativa que melhor atenda a realização dos direitos fundamentais (interesses coletivos e direitos individuais), levando-se em consideração o caso concreto, sob o prisma do princípio da proporcionalidade.

5. Preliminar de ilegitimidade passiva do Estado do Ceará acolhida e sentença confirmada para determinar que o DERT suporte a passagem da adutora de água, para abastecimento da população do Distrito de São José do Torto.

6. Reexame Necessário conhecido e desprovido, sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos o presente Reexame Necessário nº 0001737-10.2005.8.06.0167, acorda a 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do Reexame Necessário, porém, negando-lhe provimento, confirmando a sentença, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário da r. sentença lançada às págs. 90/96 dos autos, a qual, em sede de Ação Ordinária, julgou parcialmente procedente o pleito autoral, formulado pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE, para determinar que o DERT "*suporte, pelo tempo e espaço necessários, a passagem da adutora de água para abastecimento da população do Distrito de São José do Torto, sobre a Rodovia CE 321, na altura do Km 6 (...)"* .

Ao propor ação, o Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE sustentou que detém provimento liminar (págs.10/11), em Ação Cautelar inominada, para promover um corte no asfalto da Rodovia CE-321, no trecho entre a BR 222 e a CE-253, para substituição de tubulação da adutora que abastece o Distrito de São José do Torto, objetivando resguardar o abastecimento de água na localidade.

Por fim, postulou provimento jurisdicional que impusesse ao Estado do Ceará e ao Departamento de Edificações, Rodovias e Transportes do Estado do Ceará – DERT tolerarem a passagem e a substituição da tubulação subterrânea citada, sem prejuízo de que se abstivessem de promover qualquer ato que frustrasse o regular abastecimento de água em razão da substituição pretendida.

Devidamente citado, o DERT ofertou contestação (págs.21/44), arguindo, como preliminar, a impossibilidade jurídica do pedido e apontou a má-fé do autor, que conhecedor da possibilidade de fazer uso de um bueiro já existente, preferiu ajuizar a ação com o fito de ludibriar o Judiciário, ressaltando que não há obrigatoriedade da utilização de faixa de domínio para passagem de tubulações de água e esgoto.

O Estado do Ceará, por seu turno, também, ofertou contestação (págs.72/77) invocando, preliminarmente, a ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, pugnou pela improcedência da ação.

Processado o feito, o M.M Juiz *a quo* acolheu a preliminar de ilegitimidade ventilada pelo Estado do Ceará, vez que o DERT é autarquia estadual dotada de autonomia administrativa e financeira, detentora de personalidade jurídica e capacidade para estar em juízo, contando com corpo jurídico próprio.

No tocante a preliminar sustentada pelo DERT, o juízo de piso rejeitou a suposta impossibilidade jurídica do pedido, pois a tese de que o uso da faixa de domínio pelo Autor somente seria possível mediante formalização de "Permissão de Uso Especial" não poderia ser acolhida, na medida em que o caráter essencial do serviço público prestado pelo SAEE justifica o afastamento do trâmite burocrático junto ao DERT, o qual pretendia impor o desvio da adutora em trezentos metros, a fim de aproveitar um bueiro há existente na via.

Quanto ao mérito, o julgador de primeiro grau não vislumbrou qualquer má-fé do autor, notadamente porque o SAEE almejava, tão somente, substituir a tubulação de adutora e assim evitar maiores transtornos à população carente de recursos hídricos.

Nesse contexto, o magistrado de piso, às pags. 90/96, excluiu o Estado do Ceará da lide por reconhecer sua ilegitimidade passiva, ao passo que julgou parcialmente procedente a ação para determinar que o DERT suporte, pelo tempo e espaço necessários, a passagem da adutora de água para abastecimento da população do Distrito de São José do Torto, sobre a Rodovia CE 321, na altura do KM 6, sem prejuízo do pagamento de honorários de sucumbência no importe de R$ 800,00 (oitocentos reais).

Contra o mandamento sentencial o Estado do Ceará opôs embargos de declaração (pág.101), sustentando que o Juiz foi omisso ao não condenar o Autor da ação no pagamento de verba honorária sucumbencial por ocasião do acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva.

Referidos aclaratórios foram providos (págs.107/108) para condenar o Município de Sobral no pagamento de honorários de sucumbência no valor de R$ 800,00 (oitocentos reais) em favor do Estado do Ceará.

De ofício, ficou esclarecido pelo magistrado (pág.110) que os honorários advocatícios ali arbitrados seriam suportados pelo SAEE e não pelo Município de Sobral, como equivocadamente fora grafado.

Tendo transcorrido *in albis* o prazo para a interposição do recurso voluntário, o caderno processual em epígrafe foi encaminhado a esta Egrégia Corte de Justiça, consoante preceito normativo contido no art. 475 do Código de Processo Civil.

A douta Procuradoria de Justiça se manifestou (págs. 128/132) pela desnecessidade de intervenção do Ministério Público na presente demanda, pois desvestida de parâmetro suficiente para caracterizar relevância social a exigir a intervenção do *Parquet* seja pela natureza da lide ou qualidade da parte (art. 82, inciso III, do Código de Ritos).

É, em síntese, o relatório.

VOTO

Em exame de admissibilidade recursal, observo que estão presentes os requisitos para o recebimento e apreciação da presente irresignação, pois, consoante se infere no art. 475, inciso I, CPC, está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público.

Considerando que a sentença em questão envolve duas autarquias, uma estadual (DERT) e outra municipal (SAAE), deve a mesma se sujeitar ao duplo grau de jurisdição.

I. Preliminares:

Quanto às preliminares de ilegitimidade passiva e impossibilidade jurídica do pedido arguidas pelo Estado do Ceará e, também a última pelo DERT, em sede de contestação, respectivamente, somente a primeira prospera.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, em sendo dotada personalidade jurídica própria, bem como de autonomia administrativa e financeira, a autarquia possui capacidade processual e, via de consequência, deve ser diretamente acionada em juízo no tocante à defesa de seus interesses. Portanto, nas demandas tais como a presente o Estado do Ceará não possui legitimidade passiva *ad causam*.

Nesse sentido, vejamos os seguintes precedentes:

> INDENIZAÇÃO – ASSISTÊNCIA MÉDICA – ILÍCITO CONTRATUAL ATRIBUÍDO À AUTARQUIA CONTRATADA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.
> 1. O Estado do Rio de Janeiro não tem legitimidade para figurar em ação de indenização por danos materiais e morais cuja causa de pedir eleita pelo autor é a má prestação da assistência médica objeto de contrato firmado com o Instituto de Assistência aos Servidores – IASERJ, autarquia estadual.
> 2. Recurso especial provido.
> (REsp 856.051/RJ, 2.ª Turma, Rel.ª Min.ª ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/05/2009.)

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. GOVERNADOR DO ESTADO E SECRETÁRIO DE ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.
> 1. O Governo do Estado e seus órgãos centralizados não possuem legitimidade para figurar no pólo passivo da ação ajuizada contra ato de cobrança de contribuição previdenciária, de atribuição do Instituto de Previdência do Estado, autarquia dotada de personalidade jurídica própria, capacidade processual, autonomia administrativa, econômica e financeira.
> 2. A teoria da encampação não tem aplicação nas ações ajuizadas em face de Governador e de Secretário de Estado contra ato de cobrança de contribuição previdenciária, uma vez que as autarquias previdenciárias não são hierarquizadas ao Governo Central. 3. Embargos de divergência acolhidos.
> (EREsp 692.840/BA, Corte Especial, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe de 05/02/2009.)

No tocante a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, tenho que o argumento agitado, qual seja, de que o uso da faixa de domínio pelo autor somente seria possível mediante permissão especial, não se sobrepõe a imperativa necessidade de fornecimento de água tratada à população da comunidade do distrito de São José do Torto, respaldada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Vê-se, pois, que das preliminares ventiladas apenas a de ilegitimidade passiva *ad causam* do Estado do Ceará merece ser acolhida, devendo o feito ser extinto em relação a este.

II. Mérito

Quanto ao mérito, a má-fé arguida pelo DERT, sob o prisma de que a SAAE omitiu a possibilidade de aproveitar um bueiro já existente, sem a necessidade de se danificar a rodovia, não merece ser albergado, pois, conforme o croqui de pág. 54 apresentado pelo próprio DERT, o mesmo dista 300 (trezentos) metros da passagem da tubulação projetada, o que inviabiliza de sobremodo a providência emergencial de fornecimento de água.

Verifica-se que a imposição da alteração manifestada pelo DERT acarreta não só aumento de custos decorrentes da modificação do projeto, mas também prejuízos ainda maiores àquela comunidade que carece de abastecimento de água.

Vale ressaltar que, segundo dos autos consta, o SAAE, visando viabilizar a troca da tubulação da adutora, pediu autorização ao DERT, que negou, aduzindo que seria indispensável a prévia instauração de processo administrativo.

Segundo o professor Gustavo Binenbojm[1], "*deve o administrador, à luz das circunstâncias peculiares ao caso concreto, bem como dos valores constitucionais concorrentes, alcançar solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses públicos em jogo. Como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que convencionamos chamar de melhor interesse público, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública.*"

Continua o professor dizendo que "*o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que*

1 BINENBOJM, Gustavo. Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2007.

permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade."

In casu, é patente a existência de confronto de interesses públicos, sendo certo que o atendimento às irresignações do DERT causaria o atraso no fornecimento de água à população do distrito de São José do Torto, serviço de manifesta essencialidade, cuja falta ensejará sérios riscos à saúde daquela coletividade

O interesse público deve ser compreendido como o resultado do procedimento de determinação da medida administrativa que melhor atenda a realização dos direitos fundamentais (interesses coletivos e direitos individuais), levando-se em consideração o caso concreto, sob o prisma do princípio da proporcionalidade.

Ressaltando a necessidade da melhor compatibilização das normas jurídica, colaciono, ilustrativamente, o seguinte aresto:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - IMPROBIDADE - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA – COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – ECONOMIA PROCESSUAL E INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS - SOPESAMENTO - PROVA NÃO ESSENCIAL - FATO INCONTROVERSO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - *PAS DENULLITÉ SANS GRIEF*.
> (...)
> **3. Em decorrência desse mandamento de otimização, os princípios estão sujeitos a constantes colisões. Não é raro que dois ou mais princípios incidam sobre um mesmo caso concreto e que, se aplicados em conjunto, levariam a resultados inconciliáveis, a juízos concreto de dever-ser jurídico contraditórios.**
> **4. Em uma colisão entre princípios, não há uma relação de precedência absoluta. A preponderância de um sobre o outro dependerá do caso concreto, que, em razão das específicas condições, revelará qual princípio tem mais peso e por tal motivo deve prevalecer.**
> (...)
> (REsp 1201317/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 14/12/2011) Grifo nosso.

Assim, o conflito deve ser resolvido por meio de sóbria ponderação de valores, da qual não decorre o aniquilamento de um em favor do outro, devendo, contudo, no caso concreto, ser homenageado aquele que produza o resultado mais relevante aos olhos da comunidade, pois em tais momentos, nas palavras de Valmir Pontes Filho, "*cabe ao intérprete, à luz da proporcionalidade, escolher aquele que topicamente se põe como mais importante*[2] ".

2 PONTES FILHO, Valmir. Curso fundamental de direito constitucional. São Paulo: Dialética, 2001.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: "*em rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas.*[3] ".

Dessa forma, considerando o abastecimento deficitário àquela comunidade, a solução do impasse aflora à epiderme e se sobrepõe às irresignações do DERT, motivo pelo qual a sentença de mostra acertada.

Tais fundamentos se mostram suficientes para repelir os argumentos de que exista lesão de ordem econômica, por ocasião de eventuais acidentes na malha viária, na medida em que é inafastável o caráter de utilidade pública dos serviços de abastecimento de água e esgoto sanitários e o fato de haver a expressa determinação de que durante a execução do serviço, o tráfego na rodovia não pode ser integralmente interrompido, ficando o SAAE com a incumbência de assegurar, com apoio da guarda municipal a devida sinalização do trecho, sem prejuízo de restabelecer a integridade física da via cortada.

Ademais, pelo lapso temporal compreendido entre a concessão da liminar que autorizou o SAEE a cortar a rodovia CE 321, fevereiro de 2005, (processo nº: 2005.0002.9020-5) e a presente data, somados à inexistência de recursos naquele e neste processo, fortes são os indícios de que a troca da tubulação já tenha sido concretizada.

Diante do exposto, conheço do Reexame Necessário, porém, nego-lhe provimento, confirmando a sentença em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 25 de junho de 2014.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição. Revista da Ajuris 66, 1996, p.121

APELAÇÃO CÍVEL N. 2347-88.2005.8.06.0001/1 DE FORTALEZA
APELANTE: FINANCIA CONSULTORIA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA.
APELADA: SUL AMÉRICA SEGUROS DE VIDA E PREVIDÊNCIA S/A
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. LIMINAR CONCEDIDA, SOB A CONDIÇÃO DA PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO FIDEJUSSÓRIA. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE E EXIGÊNCIA DA PRESTAÇÃO DE GARANTIA PESSOAL. INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO APROPRIADO. PRECLUSÃO TEMPORAL. DESCUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO FIDEJUSSÓRIA. MEDIDA CAUTELAR NÃO EFETIVADA POR CULPA EXCLUSIVA DA APELANTE. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Juiz *a quo*, reputando presentes os pressupostos legais, julgou antecipadamente a lide, por considerar que a instrução processual nada acrescentaria ao feito e por entender que a prova documental era suficiente para formar o seu convencimento, não tendo sido, dessa forma, negada a prestação jurisdicional.

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

3. A falta de apreciação, pelo Magistrado de 1º Grau, do pedido de afastamento da necessidade de caução fidejussória não representou negativa de prestação jurisdicional, mesmo porque a Recorrente deixou de contestar, na ocasião oportuna, a parte da decisão concessiva da liminar que condicionou o cumprimento da medida ao oferecimento de garantia pessoal, tendo havido, dessa forma, plena aceitação da exigência.

4. O debate sobre a necessidade, ou não, da caução fidejussória não pode ser reaberto, haja vista a ocorrência da preclusão temporal relativamente à parte do *decisum* que impôs a caução fidejussória como requisito para a concretização da medida e que não foi impugnada no momento apropriado, aplicando-se à espécie os arts. 245 e 473 do CPC.
5. O Magistrado de 1º Grau, acertadamente, extinguiu o processo, sem resolução de mérito, porquanto a medida cautelar deixou de ser efetivada por culpa exclusiva da Apelante, que não prestou a garantia pessoal determinada na decisão concessiva da liminar.
6. Apelação conhecida, mas improvida.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 28 de abril de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação manejada por Financia Consultoria e Corretora de Seguros Ltda., adversando a sentença proferida pelo Juízo da 17ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação cautelar inominada com pedido de liminar, por ela proposta em desfavor de Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A, revogou a liminar anteriormente concedida e extinguiu o processo, sem resolução de mérito, com base no art. 267, IV, c/c os arts. 806 e 808, I, todos do CPC.

Na peça exordial (f. 03-10), a Autora alega que, considerando a iminência da não renovação das apólices de seguro de vida em grupo e acidentes pessoais e tendo em vista a necessidade de atualizações atuariais dos estipulantes Universidade Federal do Ceará – UFC, IBGE – DLG – CE, Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e SEAD – CE, foi procurada pelas corretoras Maria Isalda B. Ferrer e Martins e Filhos Corretora de Seguros Ltda., com o objetivo de viabilizar a renovação.

A Requerente sustenta, ainda, que as apólices de seguro de vida e acidentes pessoais da Universidade Federal do Ceará – UFC estavam vencidas desde 30.06.2004 e que, juntamente com as aludidas corretoras, encaminhou comunicados à UFC (informando sobre a necessidade de nova pactuação dos valores dos prêmios, resguardando a cobertura e as garantias iniciais aos segurados) e à Requerida (com a finalidade de incluir nas apólices as condições de corretagem e comissões).

Demais disso, afirma a Promovente que a UFC outorgou à Demandante e à Martins e Filhos Corretora de Seguros Ltda. poderes para representá-la junto à Promovida, sendo que esta, em manifesto desrespeito ao acordo existente, acenou no sentido de efetuar o pagamento das comissões atinentes à renovação das apólices exclusivamente em favor das corretoras Maria Isalda B. Ferrer e Martins e Filhos Corretora de Seguros Ltda., excluindo a Autora do rol de recebedores.

Postulou a Requerente, então, inclusive em sede de liminar, o seguinte:

a) a imediata suspensão do pagamento das comissões decorrentes da renovação das apólices ou o depósito do montante em conta judicial;

b) a vedação ao cancelamento, bem como à emissão de novas apólices do mesmo teor.

O Juiz *a quo* deferiu a liminar pleiteada, fixando multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) em caso de descumprimento da decisão e ordenando que a Promovente prestasse caução fidejussória (f. 107-110).

Sentenciando o feito (f. 163-165), o Magistrado de 1º Grau, asseverando que a Demandante, decorridos mais de 10 (dez) meses da concessão da liminar, não ajuizou a ação principal nem prestou a caução fidejussória, revogou a medida e extinguiu o feito, sem resolução de mérito, com esteio no art. 267, IV, c/c os arts. 806 e 808, I, todos do CPC, condenando a Autora a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, os quais foram arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

Em suas razões recursais (f. 167-174), a Apelante aduz, em sinopse, que:

a) o Magistrado de 1º Grau negou a prestação jurisdicional, pois julgou antecipadamente a lide e não se pronunciou sobre o pedido de f. 146-147;

b) o prazo para a propositura da ação principal não teve início, vez que, conquanto tenha sido concedida a liminar, não ocorreu a efetivação da medida, marco inicial da contagem do lapso temporal, nos termos do art. 806 do CPC;

c) não requereu fossem as comissões revertidas em seu benefício, mas sim o depósito delas em conta judicial, afigurando-se desnecessária a exigência de caução fidejussória.

Pugna a Recorrente, enfim, pelo provimento do recurso, julgando-se procedente a ação cautelar, nos moldes do que foi postulado na petição inicial, sem a necessidade de caução fidejussória.

Contrarrazões às f. 178-187.

Os autos foram a mim redistribuídos, por sucessão, em 05.02.2009 (f. 198).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso não merece provimento.

A Apelante sustenta que o Juiz *a quo* negou a prestação jurisdicional, na medida em que, além de ter julgado o feito antecipadamente, não examinou o pedido de f. 146-147.

Razão não lhe assiste.

Na hipótese, o Magistrado de 1º Grau, reputando presentes os pressupostos legais, julgou antecipadamente a lide, por considerar que a instrução processual nada acrescentaria ao feito e por entender que a prova documental (f. 13-53) era suficiente para formar o seu convencimento, não tendo sido, dessa forma, negada a prestação jurisdicional.

Sobre o tema, já decidiu o STJ que "o julgamento antecipado da lide, por si só, não caracteriza cerceamento de defesa, já que cabe ao magistrado apreciar livremente as provas dos autos, indeferindo aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias" (STJ, AgRg no AREsp 177490/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 29.06.2012).

Ademais, é importante salientar que a Recorrente não impugnou a decisão de f. 145, que anunciou o julgamento antecipado da demanda, operando-se, assim, a preclusão temporal, não podendo ser renovada a discussão em sede de apelação, nos moldes dos arts. 245 e 473 do CPC.

Nesse diapasão, os seguintes julgados deste Tribunal:

> APELAÇÃO CÍVEL - AGRAVO RETIDO - RECONSIDERAÇÃO DO JUÍZO *A QUO* - PERDA DO OBJETO - NÃO CONHECIMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO - JULGAMENTO ANTECIPADO - PRODUÇÃO DE PROVAS - PRECLUSÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA.
> […]

> 2. Como se vê à fl. 115, o juízo *a quo* anunciou o julgamento antecipado da lide sem qualquer insurgência das partes, embora regularmente intimadas. Dessa forma, ante à inércia do Apelante quanto à decisão acima noticiada, sem que houvesse a interposição do recurso de agravo - seja por instrumento, seja retido nos autos, sujeitou-se aos efeitos da preclusão temporal, não podendo renovar tal discussão em sede de apelação, nos termos dos artigos 245 e 473 do Código de Processo Civil. […]
> (TJCE, Apelação Cível 6438-69.2001.8.06.0000/0, Rel. Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira, 2ª Câmara Cível, registro em 01.12.2011)

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

Além disso, a falta de apreciação, pelo Magistrado de 1º Grau, do petitório de f. 146-147 (por meio do qual a Apelante pleiteou o afastamento da necessidade de caução fidejussória) também não representou negativa de prestação jurisdicional, mesmo porque a Recorrente deixou de contestar, na ocasião oportuna, a parte da decisão concessiva da liminar (f. 107-110) que condicionou o cumprimento da medida ao oferecimento de garantia pessoal, tendo havido, dessa forma, plena aceitação da exigência.

Nesse contexto, o debate sobre a necessidade, ou não, da caução fidejussória não pode ser reaberto, haja vista a ocorrência da preclusão temporal relativamente à parte do *decisum* que impôs a caução fidejussória como requisito para a concretização da medida e que não foi impugnada no momento apropriado, aplicando-se à espécie os arts. 245 e 473 do CPC.

De mais a mais, a Apelante sustenta que o prazo para o ajuizamento da ação principal não teve início, visto que a medida cautelar não foi efetivada, de forma que, nos moldes do art. 806 do CPC[1], não houve o escoamento do lapso temporal

O argumento não deve ser acolhido.

A questão a ser examinada é outra, qual seja, o descumprimento da determinação da prestação de caução fidejussória, condição indispensável para que fosse levada a efeito a medida cautelar.

Nessa perspectiva, o Juiz *a quo*, acertadamente, extinguiu o processo, sem resolução de mérito, porquanto a medida cautelar deixou de ser efetivada por culpa exclusiva da Recorrente, que não prestou a garantia pessoal determinada na decisão concessiva da liminar.

Acerca do assunto, colaciono os seguintes arestos:

> MEDIDA CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO - LIMINAR - CAUÇÃO - INEXISTÊNCIA - EXTINÇÃO
> - Não apresentando o requerente a caução, a que foi condicionado o deferimento da liminar de sustação de protesto, dentro do prazo assinalado pelo juiz, impositiva a revogação da liminar e a extinção do processo sem resolução do mérito.
> (TJMG, Apelação Cível 0231910-02.2009.8.13.0166, Rel. Des. Nilo Lacerda, 12ª Câmara Cível, julgamento em 26.08.2009, publicação em 21.09.2009)

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA C/C EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CAUÇÃO EM DINHEIRO NO VALOR INTEGRAL DE CADA FATURA. EXIGIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DO CAUCIONAMENTO. INOCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. OPORTUNIDADE.
> 1. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito, quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. 2. Consoante precedentes deste Tribunal, deferida a

1 Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

> liminar em ação cautelar, com determinação de prestação de caução que, entretanto, não foi prestada, deve-se extinguir o processo sem julgamento de mérito, nos termos da lei de regência. 3. '*In casu*', a autora, intimada a prestar a caução em dinheiro, mediante decisão deste Juízo, deixou transcorrer '*in albis*' o referido prazo, razão pela qual a extinção do feito se impõe. 4. Processo extinto.
> (TJMG, Apelação Cível 0603997-50.2006.8.13.0209, Rel. Des. Célio César Paduani, 4ª Câmara Cível, julgamento em 29.01.2009, publicação em 10.02.2009)

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

Fortaleza, 28 de abril de 2014.

PROCESSO Nº 0002661-94.2001.8.06.0000
COMARCA: FORTALEZA
APELANTE: MF EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS
APELADO: REPLASNOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTESTAÇÃO. PEDIDO DE MANUTENÇÃO NA POSSE E DE INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. SENTENÇA, PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO E DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS FORMULADO NA PEÇA CONTESTATÓRIA. APELAÇÃO DO AUTOR. MATÉRIA IMPUGNADA. CAPÍTULO DA SENTENÇA SOBRE A CONDENAÇÃO POR BENFEITORIAS. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO DO ADVOGADO DA RÉ. CONCESSÃO DE OPORTUNIDADE PARA SANAR O DEFEITO. SUBSISTÊNCIA DA IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO. CONSEQUÊNCIA. INEXISTÊNCIA DO PEDIDO CONTRAPOSTO. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. EXCLUSÃO. PROVIMENTO DA APELAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL impugnando sentença proferida pelo Juiz da 5º Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação de Reintegração de Posse nº 98.02.20887-6, ajuizada por MF EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, em face de REPLASNOR INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, que julgou procedente o pedido de reintegração de posse mas, apreciando pedido contraposto em tese formulado pela ré/apelada, para condenar a autora *"a indenizar a promovida pelas benfeitorias"*, cujos valores *"serão apurados em liquidação de sentença"*.

Relata a petição inicial que as partes celebraram contrato de promessa de compra e venda do imóvel objeto da matrícula 22.733 do Cartório do Registro de Imóveis da 2ª Zona da Comarca de Fortaleza, em 15 de janeiro de 1996, mediante o pagamento do valor inicial de R$ 900,00 (novecentos reais) e 24 parcelas mensais e sucessivas de R$ 756,00 (setecentos e cinquenta e seis reais), representadas por notas promissória. Menciona que a ré pagou apenas uma parcela, estando todas as demais vencidas, razão pela qual requer que seja julgada procedente a ação, *"reintegrando-se definitivamente a posse do bem imóvel em nome da requerente, haja vista a rescisão do Contrato nº 013-0131"*.

A ré foi citada regularmente em 10 de setembro de 1998 (fls 25/26).

Consta petição subscrita e atravessada nos autos pelo advogado Joilson Luiz de Oliveira, a pretexto de apresentar contestação, na qual está consignado que a ré "detém a posse do imóvel objeto da presente lide há mais de dois anos, posse essa, exercida de boa-fé e legalmente, tendo em vista que ao adquirir o terreno em questão do autor, o mesmo na qualidade de proprietário e autorizado pela cláusula 5.2 do Contrato firmado entre as partes, edificou e construiu no imóvel objeto da presente lide, dotando o imóvel de toda infra-estrutura para funcionamento de sua empresa". Está ali consignado ser a ré quem está turbada *"em sua posse, posse essa que detém há mais de dois anos, mansa, legal e pacificamente e especialmente, em razão de todas as benfeitorias realizadas no imóvel, valorizando de forma inquestionável o imóvel"*. Ao final, postula a manutenção da posse e a condenação da autora a *"indenizar os danos causados ao promovido pela turbação praticada"*.

O juízo de primeiro grau julgou procedente a *"ação de reintegração de posse, na conformidade dos ditames do art. 269, I do CPC, extinguindo o processo com julgamento de mérito"* e condenou a autora/apelante a *"indenizar a promovida pelas*

benfeitorias para que possa se imitir na posse", cujos valores *"serão apurados em liquidação de sentença"*.

A sentença foi impugnada pelo autor através do recurso previsto no art. 513 do CPC.

Nas razões do apelo, a recorrente afirma que a sentença *"fere flagrantemente o direito"*, ao condicionar *"a reintegração de posse da apelante ao pagamento das benfeitorias indenizáveis"*, pois a prova dos autos evidencia serem as *"benfeitorias feitas a posteriori à ação, as primeiras datadas de 06/99 e as segundas de 09/99, as quais demonstram, nitidamente, mais uma vez, a má-fé da apelada, posto estar construindo maldosamente no terreno com intuito próprio de se beneficiar posteriormente"*. Postula, ao final, *"que o presente recurso seja conhecido e dado provimento para que a decisão a quo seja reformada parcialmente, julgando improcedente o pedido da apelada quanto às benfeitorias"*.

Houve resposta ao recurso.

É, no essencial, o que havia a relatar.

À revisão.

Fortaleza, 4 de fevereiro de 2015.

VOTO

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

Consoante relatado, a apelante postulou na instância de origem a reintegração da posse do imóvel descrito na inicial, pleito que ali foi julgado procedente. A sentença, todavia, ao julgar pedido contraposto que teria sido formulado na contestação, condenou a autora/apelante a indenizar a ré/apelada pelas benfeitorias realizadas no imóvel em litígio.

O presente recurso insurge-se especificamente contra o capítulo da sentença que condenou a recorrente a indenizar as benfeitorias realizadas pela apelada no imóvel em litígio.

Observo, de saída, que o presente recurso foi distribuído originalmente nesta superior instância em 21 de novembro de 2001, quando foi constatada pelo então relator a ausência do instrumento de mandato outorgado pela ré/apelada ao respectivo patrono. Na ocasião, a Terceira Câmara Cível proferiu acórdão unânime, determinando

"o retorno dos autos à instância inferior a fim de ser aberta oportunidade para regularização do vício de representação articulado em face da inexistência da juntada do instrumento de procuração do advogado da parte promovida" (fls 153/160).

Eis que é efetuada pelo juízo *a quo* a intimação determinada no mencionado aresto, mas a irregularidade de representação não foi sanada (fls 166, 170 e 172).

Não é dado olvidar que o Código de Processo Civil autoriza expressamente a formulação, na peça contestatória, de pedido contraposto de tutela possessória e de indenização por eventuais prejuízos causados ao réu pelo autor da ação, *verbis:*

> Art. 922. É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.

Sucede que a peça contestatória constante dos autos, na qual está formulado o pedido de indenização objeto do capítulo da sentença ora impugnado, que foi julgado procedente em primeira instância, está subscrita por advogado sem poderes de representação da ré na presente relação processual. Registre-se, inclusive, que o julgamento a ser proferido nesta instância recursal foi convertido em diligência, com a determinação do retorno dos autos ao juízo de origem, para a regularização do mencionado defeito de representação. Cumprido o acórdão, através da intimação do advogado subscritor da contestação, pelo órgão oficial, nada foi apresentado ou requerido no prazo previsto em lei, a revelar que a irregularidade de representação da ré/apelada subsiste após a concessão de oportunidade para que tal defeito fosse sanado.

Ora, se o réu não regulariza sua representação processual no prazo que para tanto lhe é assinalado, como ocorre no caso de que ora se cogita, deve ser considerado revel, por força da previsão contida no art. 13, II, do Código de Processo Civil.

Há mais a considerar. Se não ocorre a ratificação da peça contestatória, com a juntada no instrumento de mandato do advogado que a subscreve, a rigor não há contestação, conforme dicção do art. 37, Parágrafo único, do CPC.

Conclui-se, portanto, que também não há o pedido indenizatório contraposto de que trata o art. 922 do CPC, pleito esse que a sentença recorrida não só considerou existente, como o julgou procedente.

Presente tal ordem de ideais, é de rigor concluir, quanto à indenização por benfeitorias em tese realizadas pela apelada no imóvel em litígio, que se faz ausente o pedido respectivo, circunstância em tudo e por tudo obstativa de seu julgamento procedente.

Ante o exposto, conheço da apelação, para dar-lhe provimento, excluindo da sentença o capítulo que condenou o apelante a *"indenizar a promovida pelas benfeitorias para que possa se imitir na posse"*, cujos valores *"serão apurados em liquidação de sentença"*.

É como voto.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2015.

PROCESSO Nº 0029124-76.2006.8.06.0001 - APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADA: MARIA ZULEIDE SOUSA BORGES
ORIGEM: IMPUGNAÇÃO AO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA - 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATORA: DESA. TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. RECURSO APELATÓRIO. IMPUGNAÇÃO AO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Para a concessão dos benefícios da justiça gratuita, a parte poderá aduzir que não está em condições de arcar com as despesas processuais e com os honorários, sem prejuízo do sustento próprio e da sua família gerando, assim, uma presunção de que não possui condições financeiras para despender as referidas despesas. A gratuidade poderá ser deferida pelo Juízo da causa, desde que esteja convencido das alegações daquele que a postulou.
2. No caso, a Magistrada de primeira instância deferiu os benefícios da justiça gratuita em favor da Apelada, por entender presentes as condições para a sua concessão.
3. O Apelante, por sua vez, não demonstrou em suas razões recursais motivos para a revogação do benefício, isto é, não provou que inexistem ou desapareceram os requisitos que autorizaram tal deferimento em favor da Apelada.
4. Recurso de Apelação Cível conhecido e desprovido. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível de nº 0029124-76.2006.8.06.0001, em que são partes as indicadas.

ACORDAM os membros integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da presente Apelação Cível, para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Fortaleza, 22 de outubro de 2014

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo **ESTADO DO CEARÁ**, em face da sentença prolatada pela MMª. Juíza de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, que, nos autos da Ação de Impugnação ao Benefício da Justiça Gratuita nº 2006.0022.8335-2, julgou improcedente o pedido requerido na inicial (fls. 15/17).

Alega o Apelante que a Juíza da causa deferiu os benefícios da justiça gratuita em favor da Apelada, nos autos da Ação de Repetição de Indébito nº 2005.0022.0576-0, na qual a Recorrida pleiteia a devolução de todos os valores correspondentes ao desconto previdenciário efetivado em seus proventos, no período compreendido entre os dias 04 de janeiro de 1997 e 05 de janeiro de 2004, com juros e correção monetária.

Aduz que a remuneração da Apelada é de R$ 1.822,26 (mil, oitocentos e vinte e dois reais e vinte e seis centavos), somando-se os vencimentos e as gratificações, e que, portanto, a Recorrida teria condições de arcar com as custas judiciais.

Por fim, requer que o recurso apelatório seja conhecido e provido, para que seja anulada a sentença vergastada, ou, assim não entendendo, para reformá-la totalmente.

Conforme a certidão de fls. 24, transcorreu o prazo *in albis* sem que nada tenha sido apresentado ou requerido pela Apelada.

Em seu parecer, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 32/38).

Os autos vieram-me conclusos para julgamento (fls. 45).

É o relatório.

À douta Revisão.

Peço data para julgamento.

Fortaleza, 11 de setembro de 2014

VOTO

Conheço do presente recurso, porquanto preenchidos os seus requisitos intrínsecos e extrínsecos.

Insurge-se o Apelante contra a sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza, que julgou improcedente a Impugnação à Justiça Gratuita.

Em sua sentença, a MM.ª Juíza da causa asseverou que: *"Para a concessão do benefício é suficiente a declaração de pobreza da requerente. A negação exigiria fundamentadas razões a serem aduzidas pela parte interessada."* (fls. 15/17).

No caso, entendo que a Magistrada poderá de acordo com o seu livre convencimento, levando-se em consideração os fatos e os documentos acostados aos autos, decidir a respeito do deferimento ou não da justiça gratuita.

Ressalte-se que a análise do pedido de justiça gratuita não está adstrita à remuneração salarial recebida pela parte, mas também, as despesas despendidas por esta. Na hipótese de o pagamento das custas causar prejuízos ao sustento próprio da parte e de sua família, a depender do caso concreto, mister se faz o deferimento da justiça gratuita.

Conforme prevê o art. 4º, da Lei nº 1.060/50, a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. É o caso dos autos, em que a Recorrida declara não ter condições de arcar com as custas do processo, sendo-lhe concedida a gratuidade da justiça pela douta Juíza da 5ª Vara da Fazenda Pública.

Segundo o §1º, do referido art. 4º, a declaração, nesse sentido, gera presunção de pobreza em favor daquele que postulou o benefício. Ressalte-se que o art. 7º, da Lei nº 1.060/50 possibilita, à parte contrária, requerer a revogação do benefício, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos que autorizaram a concessão da gratuidade de justiça, o que, no caso, não ocorreu.

Sobre a matéria, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça entendeu que:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. DEFERIMENTO.
> 1.- **O entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que é possível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita com a mera declaração, pelo requerente, de não poder custear a demanda sem prejuízo da sua própria manutenção e da sua família.**
> 2.- **A declaração de pobreza instaura uma presunção relativa que pode ser elidida pelo juiz. Todavia, para se afastar tal presunção, é preciso que o magistrado indique minimamente os elementos que o convenceram em sentido contrário ao que foi declarado pelo autor da declaração de hipossuficiência.**

> 3.- Na hipótese, o Acórdão recorrido não destacou a existência de circunstâncias concretas para elidir a presunção relativa instaurada pela declaração assinada pelo recorrente, devendo ser concedido o benefício requerido. 4.- Agravo Regimental improvido. (grifo nosso)
> (STJ. AgRg no Resp 1244192/SE. Agravo Regimental no Recurso Especial. Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. Data do Julgamento 26/06/2012. Dje 29/06/2012).

Saliente-se, ainda, que apesar da Apelada estar representada nos autos por advogado particular, e não pela Defensoria Pública, tal fato não afasta o seu direito de obter o deferimento da justiça gratuita.

A respeito do tema, o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu que:

> AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - IMPROVIDO DE PLANO - CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA - COMPETÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA DE PROVAR A CAPACIDADE DE PAGAMENTO - PROVAS INSUBSISTENTES - **ADVOGADO PARTICULAR – NÃO IMPEDIMENTO DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO** - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO (grifo nosso)
> (TJ-MS. Agravo Regimental em Agravo: AGR 6924 MS 2005.006924-3/0001.00. Relator: Des. Joenildo de Sousa Chaves, Data de Julgamento: 21/06/2005, 1ª Turma Cível).

Diante do exposto, conheço do recurso de Apelação Cível de nº 0029124-76.2006.8.06.0001, mas para negar-lhe provimento, mantendo incólume a decisão vergastada.

É como voto.

Fortaleza, 22 de outubro de 2014

PROCESSO Nº 0003325-98.2012.8.06.0040
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE ASSARÉ
APELANTE: A. J. C. D. A.
APELADA: A. F. C.
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL *POST MORTEM*. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL REJEITADA. ART. 514, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REQUISITOS ATENDIDOS. DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 1723 DO CÓDIGO CIVIL. PROVA DA SEPARAÇÃO DE FATO. SENTENÇA MANTIDA.

I - Diferente do alegado pela autora na preliminar contrarrecursal, a parte ré impugnou a sentença, expondo os fundamentos de fato e de direito que embasam o inconformismo, atendendo, com isso, as exigências do art. 514, inciso II, do Código de Processo Civil. Preliminar rejeitada.

II - Demonstrados os elementos caracterizadores essenciais da alegada união estável, quais sejam, publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituição de família (art. 1.723 do Código Civil), até a data de seu falecimento, e havendo indicativos seguros de que o extinto estava de fato separado de sua esposa, acertado o reconhecimento havido na origem.

III - Recurso Apelatório CONHECIDO e IMPROVIDO, 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, à unanimidade, em conhecer do recurso apelatório, para rejeitar a preliminar suscitada, e no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2015.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Apelatório interposto por A. J. C. D. A., contra sentença proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Assaré, fls. 481/489, que, nos autos da Ação Declaratória de Reconhecimento de União Estável *post mortem* proposta por A. F. C., julgou procedente o pleito inicial, "para DECLARAR A EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE A. F. C. e L. P. D. A., falecido, no período entre os anos de 1994 e 12 de fevereiro de 2012."

Em suas razões recursais, fls. 494/498, sustenta a apelante, em suma, inexistir nos autos comprovação suficiente à declaração do relacionamento estável havido entre a apelada e seu falecido pai, que não houve relação duradoura, caracterizando, apenas, um namoro. Destaca a possibilidade da constituição de um relacionamento à distância, "sem que com isso se diminua o afeto e amor entre os participantes desta modalidade familiar." Requer, assim, o provimento do reclamo, com o julgamento de improcedência do pedido declaratório.

Apresentadas as contrarrazões, fls. 502/508, aduzindo, preliminarmente, inépcia do apelo, com a inobservância dos requisitos do art. 514, inciso II, do Código de Processo Civil pela parte ré. Quanto ao mérito, levanta a mesma tese esposada na inicial, pugnando pela manutenção da sentença.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, fls. 522/524, informando não possuir interesse na lide.

É o relatório.

À douta revisão.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2015.

VOTO

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

PRELIMINAR CONTRARRECURSAL – VIOLAÇÃO AO ART. 514, INCISO II, CPC. REQUISITOS ATENDIDOS

Diferente do alegado pela apelada na preliminar contrarrecursal suscitada, a parte ré impugnou a sentença, expondo os fundamentos de fato e de direito que embasam o inconformismo.

Por conseguinte, tem-se como atendidas as exigências do art. 514, inciso II, da Legislação Processual Civil, não havendo motivo para o não conhecimento do apelo.

Preliminar rejeitada.

MÉRITO

A controvérsia diz respeito ao pronunciamento judicial acerca da existência do relacionamento estável entre A. F. C. e L. P. de A., no período compreendido entre o ano de 1994 a 12/02/2012, data do óbito do companheiro (certidão de fl. 9), o que é questionado pela filha deste, A. J. C. de A., fruto de anterior relacionamento do falecido (casamento em 1962).

Com efeito, o reconhecimento da união estável depende da demonstração de seus elementos caracterizadores essenciais, quais sejam, publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituição de família, nos moldes do art. 1.723 do Código Civil, *in verbis*:

> "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.
> § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.
> § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável."

Ao que se vê, cumpria à demandante produzir prova não somente da ocorrência da convivência pública, contínua e duradoura, aliada à intenção de se formar unidade familiar, como também da ausência dos impedimentos do art. 1.521 do Código Civil, aí incluída a hipótese de ser a pessoa casada (inciso VI). Relativamente a esse último óbice, há a possibilidade de que ele não venha a interferir na declaração de união estável, desde que a parte interessada demonstre que o pretenso companheiro, embora casado, fosse separado de fato ou judicialmente. Por oportuno, menciono os julgados:

"ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO. CONCUBINATO. RATEIO DA PENSÃO ENTRE A CONCUBINA E A VIÚVA. IMPOSSIBILIDADE.
1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária por meio da qual a agravante objetivava o recebimento de cota da pensão instituída por falecido militar, com quem alegava viver em união estável. Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente, determinando-se a partilha da pensão entre a agravante, a viúva e os filhos do militar, decisão essa mantida pelo Tribunal de origem.
2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que é possível o rateio de pensão entre a viúva e a companheira com quem o instituidor da pensão mantinha união estável, assim entendida aquela na qual inexiste impedimento para a convolação do relacionamento em casamento, que somente não se concretiza pela vontade dos conviventes. Nos casos em que o instituidor da pensão falece no estado de casado, necessário se faz que estivesse separado de fato, convivendo unicamente com a companheira, para que esta possa fazer jus ao recebimento da pensão.
3. No caso dos autos, todavia, não se verifica a existência de relação estável, mas, sim, de concubinato, pois o instituidor da pensão "manteve os dois relacionamentos por um longo período concomitantemente", consoante consta do acórdão recorrido, o que impossibilita o recebimento de pensão pela agravante, na esteira do entendimento jurisprudencial deste Tribunal.
Agravo regimental improvido."
(AgRg no REsp 1344664/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 14/11/2012).

"CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PARTILHA DE BENS. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC CONFIGURADA. OMISSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUANTO À MATÉRIA INSERTA NO ARTIGO 1.723, § 1º, PARTE FINAL, DO CÓDIGO CIVIL. TEMA QUE HAVIA SIDO SUSCITADO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS NA ORIGEM E QUE SE MOSTRA FUNDAMENTAL PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO, PARA QUE O TRIBUNAL DE ORIGEM SE MANIFESTE QUANTO AO PRIMEIRO TÓPICO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.
1. No que diz respeito à preliminar de nulidade do acórdão por ofensa ao princípio do juiz natural, deixaram os recorrentes de indicar quais os dispositivos legais que entendem como contrariados.
Tal circunstância impede o conhecimento do recurso pelo óbice da Súmula 284/STF.
2. No tocante à violação ao artigo 535 do CPC, de fato o Tribunal de origem

se manifestou apenas quanto ao segundo tópico, ocorrendo em omissão relativamente ao primeiro item suscitado - qual seja, a matéria inserta no artigo 1.723, § 1º, parte final, do Código Civil.
3. No caso, é fundamental saber se, no período de 1993 a 1995, havia separação de fato do varão, por se tratar de tema relevante e essencial para o deslinde da controvérsia, ante a possibilidade de se reconhecer união estável quando um dos conviventes, apesar de casado, encontra-se separado de fato.
4. O pedido de reconhecimento de união estável é autônomo e prévio ao pedido de partilha de bens, pois não é possível verificar inicialmente se estão preenchidos os requisitos da partilha para, em caso negativo, entender-se prejudicado o pedido de reconhecimento de união estável.
5. Recurso especial conhecido em parte e provido, para que o Tribunal de origem se manifeste quanto ao primeiro ponto suscitado nos embargos de declaração opostos na origem."
(REsp 1018205/DF, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 05/05/2011).

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE VIÚVA E CONCUBINA. SIMULTANEIDADE DE RELAÇÃO MARITAL. UNIÃO ESTÁVEL NÃO CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE.
1. Em razão do próprio regramento constitucional e infraconstitucional, a exigência para o reconhecimento da união estável é que ambos, o segurado e a companheira, sejam solteiros, separados de fato ou judicialmente, ou viúvos, que convivam como entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto, excluindo-se, assim, para fins de reconhecimento de união estável, as situações de concomitância, é dizer, de simultaneidade de relação marital.
2. É firme o constructo jurisprudencial na afirmação de que se reconhece à companheira de homem casado, mas separado de fato ou de direito, divorciado ou viúvo, o direito na participação nos benefícios previdenciários e patrimoniais decorrentes de seu falecimento, concorrendo com a esposa, ou até mesmo excluindo-a da participação, hipótese que não ocorre na espécie, de sorte que a distinção entre concubinato e união estável hoje não oferece mais dúvida.
3. Recurso especial conhecido e provido."
(REsp 674.176/PE, Rel. Ministro NILSON NAVES, Rel. p/ Acórdão Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 31/08/2009).

No caso presente, assim como consignado no ato judicial atacado, o conjunto probatório empresta segurança suficiente a conduzir à conclusão acerca da

união estável havida entre a autora e o genitor da apelada até a data do seu falecimento, inexistindo razão para reforma da sentença, que sopesou as provas coligidas nos autos e aplicou corretamente o direito cabível à espécie.

Os depoimentos prestados, vídeos em anexos, comprovam, efetivamente, a existência da convivência entre o casal. Vejamos:

> "conhece a autora e o Sr. L. há cerca de 30 (trinta) anos; conheceu e manteve contato com L. até perto da morte dele; tem conhecimento dos fatos; sempre viu o L. com a autora; ele morava lá pela casa dela na rua São Francisco; a autora e L. viveram no mesmo teto por muitos anos; L. tinha uma esposa mas o conheceu já ela morando fora de Assaré; L. morava aqui e a esposa morava no Crato e de lá não sabe dizer onde ela foi morar; L. nunca falou a respeito da esposa e ele se dizia separado; L. se apresentava na sociedade tendo Dona F. como a mulher dele; apresentavam como se fossem marido e mulher e viviam sob o mesmo teto; tiveram uma filha; nunca ouviu falar e nem se comentou na cidade que L. estivesse com Dona A. e ao mesmo tempo com a esposa; (…) todo mundo sabia, Assaré todo sabia do relacionamento de L. com Dona F.; era seu L. quem sustentava Dona A.; ela dependia dele; a filha vivia com o pai e a mãe; viviam os três sobre o mesmo teto; (…) a sociedade via os dois (L. e a autora) como marido e mulher e nunca se duvidou que ele era o pai de J.; faz muitos anos que a esposa de L. deixou de morar em Assaré; faz cerca de 40 (quarenta) anos;"
> (Testemunha M. S. de S.).

No mesmo sentido, o depoimento do Desembargador F. J. M. C., que:

> "Conhece L. e conhece a Sra. F.; tomou conhecimento de um início de relacionamento entre os dois o que veio de fato a ocorrer; ao voltar à Comarca nos anos de 1993, 1994, constatou o fato, tendo inclusive apanhado o Sr. L. na casa de Dona F. na Rua São Francisco; reiteradas vezes pegou e deixou o Sr. L. na residência de Dona F.; já chegou a deixá-lo na residência de Dona F. altas horas da madrugada; o Sr. L. tinha uma casa que era de sua residência na Rua Padre Agamenon; ele residia na casa e também permanecia na residência de Dona F., inclusive pernoitando; considera um relacionamento de marido e mulher; era um fato público e notório, de conhecimento geral da cidade; era um relacionamento amoroso que era de forma contínua, ele ficava lá, ele permanecia lá, inclusive dava toda assistência; (…) L. era casado com M. C. e la morava com os filhos dele em outro Estado da federação e ele comumente ia visitar sua família; a viagem era apenas para visitar; (…) L. tinha um relacionamento de afetividade, de constância, que ia além de namoro com F., com certeza absolutíssima; era um casamento e só não foi formalizado;"

Somando os depoimentos de D. M. da C. R. e M. V. de A., respectivamente, os esclarecimentos tornaram-se unânimes para embasar a procedência do pedido:

> "L. dizia para a depoente que nunca mais teve nada com a esposa; L. dizia para a depoente que ia lá só por causa dos filhos e para se tratar mas morava direto aqui; L. ia lá mas não tinha mais nada com D. M.; seu L. morava junto com F.; ele tinha outra casa mas só mandava limpar;"

> "O relacionamento de L. e F. era bom; eles se tratavam como marido e mulher; eles residiam na mesma casa; mesmo tendo outra residência frequentava a casa de F.; L. vivia praticamente lá, andavam juntos em público, faziam compras juntos, já viu eles juntos na igreja e em festas; L. tinha outra família; a outra família vivia em Mato Grosso; L. não vivia mais com a esposa que estava em Mato Grosso do Sul; nunca ouviu dizer que L. dissesse para alguém que ainda era casado com D. M.; o relacionamento de L. com F. durou cerca de 18 à 19 anos;"

Importa referir que a prova testemunhal assume papel fundamental quando a lide versa sobre questões eminentemente fáticas, caso dos autos, estando essa prova (testemunhal), *in casu*, contrária à tradução defendida pela recorrente de que o relacionamento de seu genitor com a apelada não ultrapassou os contornos de mero namoro, demonstrando, ao contrário, a existência de coabitação, de compartilhamento de vida comum, de relação de dependência, revelando harmonia entre o grupo familiar.

Finalmente, do exame dos autos ressoa nítido que o falecido e a Sra. M. C. L. de A., também falecida e esposa de direito, viviam em cidades diferentes, ele residindo no Assaré/CE, e ela em Rio Verde/MS, há mais de 40 (quarenta) anos.

Todos esses elementos autorizam, como dito, a conclusão no sentido de que houve separação de fato, o que torna legítima a união estável entre a autora e o *de cujus*.

Diante do exposto, presente a prova da inocorrência do óbice previsto no inc. VI do art. 1.521 c/c o § 1º do art. 1.723 do CC, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo a sentença nos termos em que proferida.

É como voto.

Fortaleza, 2 de fevereiro de 2015.

PROCESSO Nº 350051-97.2000.8.06.0001/1 (2000.0095.5051-9/1)
RECURSO APELATÓRIO DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: SCALA FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA.
APELADOS: NORMA PATRÍCIA ATHAYDE BOUCINHA, CARLOS EDUARDO ATHAYDE BOUCINHA e ERIKA PATRÍCIA ATHAYDE BOUCINHA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO EXECUTIVA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO PARTICULAR DE ASSUNÇÃO DE DÉBITO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. EXTINÇÃO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA.

1 – Versa a lide sobre o pagamento de dívida líquida e certa constante de instrumento particular, onde o prazo prescricional aplicável é o quinquenal, previsto no art. 206, § 5º, inciso I do Código Civil, frisando-se que o vencimento daquelas ocorreu após a entrada em vigor do Novo Código Civil.

2 – Proposto o feito executivo em 11/11/2004, ainda não havia se implementado a prescrição quinquenal para o exercício do direito de ação, pois a primeira prestação exigida teve vencimento em novembro de 2003.

3 – Descabida a ocorrência da prescrição, haja vista que a exequente sempre promoveu atos no intuito de realizar a citação da parte executada.

4 – Recurso Apelatório CONHECIDO e PROVIDO, para desconstituir a sentença, com determinação do prosseguimento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade, em CONHECER do Recurso Apelatório, para DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Desembargador Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 25 de agosto de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Apelatório interposto por SCALA FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA., contra sentença proferida pelo juízo da 27ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, fls. 58/59, que, nos autos da Ação Executiva proposta contra NORMA PATRÍCIA ATHAYDE BOUCINHA e OUTROS, julgou extinto o feito, com resolução do mérito, em razão da prescrição da duplicata, fundamentada no art. 269, inciso IV do Caderno Processual Civil.

Esclarece a apelante nas razões recursais, fls. 61/68, que o título executivo que aparelha a ação é o Contrato Particular de Assunção de Débito constante às fls. 08/10, assinado por 02 (duas) testemunhas, por meio do qual a parte executada assume a dívida perante a credora, contendo, portanto, todos os elementos de constituição do título. Sustenta aplicável o art. 585, II do CPC, requerendo, ao final, o provimento do recurso apelatório, com a consequente reforma da decisão singular, "determinando o prosseguimento regular da demanda até o desate final."

Não formada a relação processual, conforme certidão de fl. 72, subiram os autos a esse Sodalício.

É o que importa relatar.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

O recurso intentado objetiva a reforma da decisão de primeiro grau, versando a causa sobre Ação Executiva de Título Extrajudicial.

Os pressupostos processuais foram atendidos, utilizado o recurso cabível, há interesse e legitimidade para recorrer, é tempestivo e está devidamente preparado, inexistindo fato impeditivo do direito recursal, noticiado nos autos.

Passo ao exame da controvérsia.

Com relação à alegação de inocorrência da prescrição, assiste razão a parte apelante. Primeiramente, o título executivo em questão, é o Contrato Particular de Assunção de Débito constante às fls. 08/10, no valor de R$ 29.977,54 (vinte e nove mil, novecentos e setenta e sete reais e cinquenta e quatro centavos) e não duplicata, como assinalado na decisão singular. Sendo assim, o lapso prescricional aplicável é o

quinquenal, de acordo com o regramento atual quanto à matéria, estabelecido no art. 206, § 5º, inciso I, da Legislação Civil vigente, pois a ação em exame versa sobre o pagamento de dívida líquida e certa constante de instrumento particular, frisando-se que os vencimentos das parcelas ocorreram após a entrada em vigor do Novo Código Civil.

Vejamos:

> Art. 206. Prescreve:
> [.§ 5º Em cinco anos:
> I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

Conforme se observa, o título exequendo foi firmado em 16/10/2003, assumindo os devedores o compromisso de quitar a dívida em 36 (trinta e seis) parcelas iguais, sucessivas e mensais de R$ 995,68 (novecentos e noventa e cinco reais e sessenta e oito centavos), iniciando em 17/11/2003, sendo que a última venceria em 16/10/2006, data de início da fluência do prazo prescricional.

Não tendo sido quitadas as prestações ajustadas, a apelante ajuizou ação de execução no dia 11/11/2004, em tempo hábil, pois dentro do quinquênio previsto no dispositivo acima citado.

De mais a mais, o título exequendo preenche os requisitos insertos no art. 585, II, do Código de Processo Civil, pois se trata de instrumento particular de confissão de dívida assinado pela devedora, fiadores e por 02 (duas) testemunhas.

De outra parte, não houve a citação da parte executada, vez que não localizada, apesar das inúmeras diligências realizadas pela apelante na busca do atual endereço dos devedores.

Assim, não há que se falar em prescrição, tendo em vista a ausência de citação dos devedores no prazo do art. 219, § 3º, do CPC, eis que a credora promoveu todos os atos indispensáveis à efetivação da angularização do processo, sendo que somente não ocorreu a citação em decorrência das infrutíferas medidas para localização dos apelados.

Diante de tal fato, não há que se falar em inércia da exequente em promover os atos citatórios, tampouco em não interromper a prescrição.

Estabelece o art. 219, §§ 1º e 2º, do CPC que:

> "Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. *(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)*

> § 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.
> (...)
> § 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. *(Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)*"

Veja-se que o § 2º, do art. 219 do CPC determina que a citação deve ser feita a contar da decisão que a determina, tendo como efeito interromper a prescrição da pretensão, que irá retroagir à data da propositura da ação, a teor do disposto no § 1º do dispositivo em comento.

Sobre o tema, a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* Código Civil Comentado e Legislação Extravagante, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2005, p. 289, que assim ensina:

> "2. Citação. Eficácia retroativa. **No sistema do CPC, a citação é o ato que interrompe a prescrição (CPC 219)** e evita a decadência (CPC 220). No sistema do CC, pela literalidade do CC 202, I, **a prescrição interrompe-se pelo despacho que a ordenar**. Como a parte que agiu não pode ser apenada pela negligência (que não houve), **o ajuizamento da ação é causa eficiente para que, proferido o despacho (CC 202 I) ou feita efetivamente a citação (CPC 219) tenha-se por interrompida a prescrição.** A aparente antinomia entre o CC 202 I e o CPC 219 §1º deve ser afastada pela interpretação sistemática dos dois dispositivos: **qualquer que seja a causa interruptiva da prescrição (despacho ou citação), sua demora pelo funcionamento da máquina judiciária não pode apenar o autor, que agiu e ajuizou ação antes de esgotado o prazo para o exercício da pretensão de direito material.** Em outras palavras, os efeitos interruptivos da prescrição retroagem à data do ajuizamento ou da propositura da ação, conforme determina o art. 219, §1º do CPC."

Desse modo, o título mostra-se hábil à execução promovida.

Ante o exposto, CONHEÇO do Recurso Apelatório, para DAR-LHE PROVIMENTO, desconstituindo a sentença e determinando o retorno dos autos ao juízo *a quo* para o devido processamento da Ação Executiva em seus ulteriores termos.

É como voto.

Fortaleza, 25 de agosto de 2014.

PROCESSO: 0380029-70.2010.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTES: REBECA LAUDICEIA LEITÃO DE CARVALHO E AUDIZIO MOSCA DE CARVALHO FILHO
APELADO: GEORGE DE OLIVEIRA MELO
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO DE IMÓVEL. FIANÇA. PRELIMINAR. REQUERIMENTO DE JUSTIÇA GRATUITA. AFASTAMENTO *EX OFFICIO*. INEXISTÊNCIA DE OBJEÇÃO DA PARTE ADVERSA. RECORRENTES ASSISTIDOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A COMPROVAR O BENEFÍCIO. ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR. MÉRITO. GARANTIA LOCATÍCIA. PERMANÊNCIA ATÉ DEVOLUÇÃO DO IMÓVEL. INTELIGÊNCIA DO ART. 39 DA LEI DE LOCAÇÕES. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº. 214/ STJ. DÍVIDAS PENDENTES. IPTU E TAXAS CONDOMINIAIS. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Da preliminar.

1.1 Versa a presente de insurgência recursal dos fiadores, Sra. Rebeca Laudicéia Leitão de Carvalho e Sr. Audízio Mosca de Carvalho Filho, ambos se contrapondo a sentença que condenou-lhes, de modo solidário, ao pagamento dos valores locatícios devidos pela locatária, Sra. Cristina Steindorfer Proença de Menezes, sobre o imóvel localizado na rua Paulo Morais, 795, ap. 101, bairro Papicu, cujo locador figurava o Sr. George de Oliveira Melo.

1.2. Os recorrentes alegam que o Juízo de plano equivocou-se ao afastar, *ex officio*, o pleito de gratuidade judiciária por eles intentado, uma vez que se encontram patrocinados pela Defensoria Pública do Estado do Ceará e apresentaram documentação, nos termos da lei, suficiente para a concessão do benefício requerido.

1.3. No caso em apreço, não se pode contrapor o benefício da gratuidade judiciária aos recorrentes, uma vez que a Magistrada de plano não ofertou fundadas razões para indeferir a gratuidade judiciária, bem como não houve objeção ou impugnação da parte adversa a tal pleito, e, ainda subsistir oportunidade para a Defensoria Pública verificar a carência dos seus assistidos, tendo as partes apresentado conjunto probatório mínimo a demonstrar a plausibilidade da concessão da isenção de custas judiciais.

1.4. Acolho a preliminar levantada pelos recorrentes para conceder-lhes a assistência judiciária gratuita, nos moldes da Lei 1.060/50.

2. Do mérito.

2.1. As garantias da locação devem se estender até a efetiva devolução do imóvel, inteligência do art. 39 da Lei nº. 8.245, de 18 de outubro de 1991 – Lei de Locações.

2.2. Os apelantes devem responder pela fiança firmada no período de 18 de dezembro de 2007 até 23 de dezembro de 2010, data em que o locador fora imitido na posse do imóvel.

2.3. "*A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, na hipótese de prorrogação contratual de locação de imóvel, com o comprometimento dos fiadores até a devolução do imóvel, é inaplicável o enunciado da Súmula 214/STJ".* (AgRg no REsp 604.962/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014).

2.4. Quanto aos débitos incidentes sobre o imóvel, relativos aos valores do Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU e das taxas de condomínio, cabe ponderar que tais ônus recaem à locatária e aos fiadores, frutos das obrigações legais pertinentes a locação.

2.5. Recurso conhecido e parcialmente provido, de modo a acolher a preliminar levantada, mantendo-se integralmente os demais termos da sentença recorrida.

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. 0380029-70.2010.8.06.0001, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 3 de dezembro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Rebeca Laudicéia Leitão de Carvalho e Audízio Mosca de Carvalho Filho, ambos em contrariedade a sentença elaborada pela Exma. Magistrada da 9ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza - CE, a qual julgou procedente ação de despejo em favor de George de Oliveira Melo e condenou os recorrentes, de forma solidária à locatária, ao pagamento da dívida reclamada.

Em seu pleito recursal, fls. 138/145, os recorrentes alegaram, em sede preliminar, a erronia no indeferimento, *ex officio*, do pedido de gratuidade da justiça formulado pelos réus/apelantes. Sobre o mérito, discorrem sobre a inexistência de prova dos fatos constitutivos do direito do autor, uma vez que a decretação de revelia da locatária não implica, automaticamente, a produção de seus efeitos, de modo a presumir-se verdadeiros todos os fatos alegados pelo locador.

Concluem postulando o provimento do recurso intentado, de modo a reconhecer-se o estado de necessidade dos fiadores/apelantes, deferindo-lhes os benefícios da justiça gratuita. No mérito, rogam pelo deferimento do recurso para que seja declarada a inexistência de dívida do IPTU e da taxa condominial, ora imputadas aos recorrentes.

Em suas razões adversativas, fls. 152/162, o recorrido afirma que a sentença combatida observou a argumentação apresentada, chegando a acertada conclusão de que a responsabilidade dos fiadores volta-se ao pagamento da integralidade da dívida da qual se constituem devedores solidários. Assevera que cabe aos recorrentes o ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado, restando infundados os argumentos apresentados. Aduz subsistir a espécie litigância de má-fé dos recorrentes, uma vez que violaram a lealdade processual e o comportamento ético ao abusarem do direito postulatório, protelando demasiadamente o feito.

Roga pelo improvimento do recurso diante de seu caráter meramente procrastinatório e requer a condenação dos apelantes ao pagamento do percentual de

1% (um por cento) em face da litigância de má-fé, bem como a confirmação da sentença em todos os seus termos.

Dirijam-se os autos à douta Revisão, de acordo com art. 33, II, do RITJCE.

Expedientes de estilo.

VOTO

Versa a presente de insurgência recursal dos fiadores, Sra. Rebeca Laudiceia Leitão de Carvalho e Sr. Audízio Mosca de Carvalho Filho, ambos se contrapondo a sentença que condenou-lhes, de modo solidário, ao pagamento dos valores locatícios devidos pela locatária, Sra. Cristina Steindorfer Proença de Menezes, sobre o imóvel localizado na rua Paulo Morais, 795, ap. 101, bairro Papicu, cujo locador figurava o Sr. George de Oliveira Melo.

Primordialmente, cabe examinar a insurgência preliminar aduzida pelas partes apelantes.

Os recorrentes alegam que o Juízo de plano equivocou-se ao afastar, *ex officio*, o pleito de gratuidade judiciária por eles intentado, uma vez que se encontram patrocinados pela Defensoria Pública do Estado do Ceará e apresentaram documentação, nos termos da lei, suficiente para a concessão do benefício requerido.

De fato, o benefício da gratuidade judiciária foi postulado pelos apelantes ainda em sede de contestação, às fls. 40/43, sendo os mesmos assistidos, desde então pela Defensoria Pública do Estado do Ceará.

A alegação de pobreza, apta a ensejar a gratuidade judiciária, possui presunção relativa de veracidade, podendo ser ilidida mediante comprovação da capacidade econômica da parte, o que não foi demonstrado nos autos. De outra parte, o recorrido sequer arguiu a concessão de tal benefício aos recorrentes.

Sendo as partes assistidas pela Defensoria Pública do Estado do Ceará faz-se necessário esmiuçar a legislação estadual que regra tal tema, através da Lei Complementar Estadual nº. 06, de 28 de abril de 1997:

> Art. 2º. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe prestar gratuita e integral assistência jurídica, judicial e extrajudicial, aos necessitados, compreendendo a orientação, postulação e defesa de seus direitos e interesses, em todos os graus e instâncias, compreendido entre estes, o juízo das pequenas causas, na forma do inciso LXXIV, do Art. 5º, da Constituição Federal.
> § 1º. Considera-se juridicamente necessitado, o declaradamente pobre na forma da lei.

> § 2º. À Defensoria Pública é conferido o direito de apurar o estado de carência dos seus assistidos.
> § 3º. Na gratuidade da assistência jurídica aos necessitados, de que trata o caput deste artigo, incluem-se a proibição de cobranças de taxas, emolumentos ou depósitos judiciais, ou outras cobranças de qualquer tipo ou natureza.

A Lei federal que trata sobre a concessão de assistência judiciária - Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 – estabelece que as partes gozaram dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, de que não estão em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado. No entanto, cabe ao Magistrado avaliar, caso a caso, o deferimento de tal benécia. A propósito seguem os dispositivos legais:

> Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986).
> […]
> Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.

No caso em apreço, não se pode contrapor o benefício da gratuidade judiciária aos recorrentes, uma vez que a Magistrada de plano não ofertou fundadas razões para indeferir a gratuidade judiciária, bem como não houve objeção ou impugnação da parte adversa a tal pleito, e, ainda subsistir oportunidade para a Defensoria Pública verificar a carência dos seus assistidos, tendo as partes apresentado conjunto probatório mínimo a demonstrar a plausibilidade da concessão da isenção de custas judiciais.

Assim sendo, acolho a preliminar levantada pelos recorrentes para conceder-lhes a assistência judiciária gratuita, nos moldes da Lei 1.060/50.

Adentrando ao mérito, cumpre inicialmente assinalar ser indubitável a responsabilidade dos fiadores, ora recorrentes, pelos débitos originados no período de 18 de dezembro de 2007 a 17 de dezembro de 2010, tal como estipulado no contrato de locação de fls. 09/15, em sua cláusula quinta – prazo de locação, porquanto, na vigência do contrato de locação, incidiu a regra prevista na cláusula terceira – fiança, de acordo com o disposto nos arts. 818 e segs. do Código Civil.

No entanto, as garantias da locação devem se estender até a efetiva devolução do imóvel, inteligência do art. 39 da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991 – Lei de Locações.

Sobre o tema em comento, colaciono entendimentos do Superior Tribunal de Justiça através dos seguintes precedentes:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. LOCAÇÃO DE IMÓVEL. PESSOA JURÍDICA. FIANÇA. CONTRATO PRORROGADO POR PRAZO INDETERMINADO. SÚMULA 214/STJ. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULAS 283/STF, 5/STJ, 7/STJ. INCIDÊNCIA.
> 1. Não se admite recurso especial que deixe de infirmar um dos fundamentos do acórdão recorrido suficiente para manter a decisão (Súmula 283/STF).
> 2. À míngua de prequestionamento, não se conhece de matéria não debatida na origem.
> 3. Na via do apelo extremo, não há espaço para revolvimento do acervo fático-probatório (Súmula 7/STJ) e interpretação de cláusula contratual (Súmula 5/STJ).
> 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, na hipótese de prorrogação contratual de locação de imóvel, com o comprometimento dos fiadores até a devolução do imóvel, é inaplicável o enunciado da Súmula 214/STJ.
> 5. Agravo Regimental não provido.
> (AgRg no REsp 604.962/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014) (sublinhados nossos).

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIANÇA. ALTERAÇÃO DO QUADRO SOCIAL DE EMPRESA LOCATÁRIA. EXONERAÇÃO DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. AUSÊNCIA DE ADITAMENTO.
> IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS 39 DA LEI N. 8.245/91 E 835 DO CÓDIGO CIVIL.
> 1. Na vigência do contrato de locação, respondem os fiadores pela garantia dada à empresa locatária em contrato por tempo determinado, ainda que haja mudança no seu quadro social.
> 2. Na hipótese, ainda que posta em dúvida pelo acórdão recorrido a existência de notificação extrajudicial do locador, a tentativa de exoneração da obrigação durante o prazo determinado de vigência do contrato, sem que haja qualquer tipo de aditamento contratual, contrariaria os artigos 39 da Lei n. 8.245/91 e 835 do Código Civil.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no REsp 1336452/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 07/04/2014).

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO. FIANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EXCESSIVOS. SÚMULA N. 7/STJ. RESPONSABILIDADE DO FIADOR. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. EXONERAÇÃO DA FIANÇA. SÚMULA N. 83/STJ.
> 1. O Tribunal de origem manteve a verba honorária fixada na sentença, não a considerando como excessiva, única hipótese em que, de acordo com os precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, autorizar-se-ia sua revisão em sede especial. Incidência da Súmula n. 7/STJ.
> 2. "A Segunda Seção deste Tribunal firmou entendimento no sentido da validade de cláusula de contrato de locação por prazo certo que prorrogue a fiança até a entrega das chaves do imóvel, se expressamente aceita pelo fiador que não se exonerou do encargo na forma do o art. 835 do Diploma Civil atual, correspondente ao art.1.500 do Código Civil de 1916. No caso em apreço, houve a exoneração nos termos da lei" (AgRg no AREsp 202.638/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª T, DJe 04/02/2013).
> 3. Agravo a que se nega provimento.
> (AgRg no Ag 792.718/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 28/02/2014) (sublinhados nossos).

De acordo com os precedentes acima colacionados, não se aplica ao caso em exame o teor do enunciado da súmula de nº. 214, do STJ (*Súmula nº 214, STJ - DJ 02.10.1998: O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu*), uma vez que não houve aditamento contratual, mas a simples prorrogação tácita, por prazo indeterminado, prevista no §1º, do art. 46, da Lei de Locações.

Conclui-se que os apelantes devem responder pela fiança firmada no período de 18 de dezembro de 2007 até 23 de dezembro de 2010, data em que o locador fora imitido na posse, nos termos da certidão de fl. 74 dos autos.

Quanto aos débitos incidentes sobre o imóvel, relativos aos valores do Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU e das taxas de condomínio, cabe ponderar que tais ônus recaem à locatária e aos fiadores, frutos das obrigações legais pertinentes a locação. A propósito, seguem diversos precedentes dos tribunais pátrios:

> CIVIL E PROCESSUAL. LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. FIANÇA. PRORROGAÇÃO DO CONTRATO. CLÁUSULA QUE PREVÊ OBRIGAÇÃO ATÉ A RESTITUIÇÃO DO IMÓVEL. EXONERAÇAO DO FIADOR. IMPOSSIBILIDADE. COBRANÇA IPTU/TLP E

> CONTRIBUIÇÃO DE CONDOMÍNIOS PREVISTOS EM CONTRATO. OBRIGAÇÕES. ACESSORIAS. PRESCRIÇÕES. INOCORRÊNCIA. 1. O FIADOR RESPONDE PELA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO CASO TENHA ASSUMIDO A OBRIGAÇÃO DE CUMPRIR AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS ATÉ A RESCISÃO DO AJUSTE E A RESTITUIÇÃO DO IMÓVEL AO LOCADOR. 2. QUANDO PREVISTO O PAGAMENTO DOS ENCARGOS DE IPTU/ TLP E CONTRIBUIÇÕES DE CONDOMÍNIO NO CONTRATO DE LOCAÇÃO, ESTES DEVERÃO SER CONSIDERADOS ACESSÓRIOS DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E PRESCREVE JUNTO COM ESTA. 3. RECURSOS NÃO PROVIDOS.
> (TJ-DF - APL: 481977020078070001 DF 0048197-70.2007.807.0001, Relator: JOÃO MARIOSA, Data de Julgamento: 25/05/2011, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: 02/06/2011, DJ-e Pág. 133).

> NULIDADE PROCESSUAL - ILEGITIMIDADE DE PARTE - FIADORA - Inocorrência -Prorrogação do contrato, pelas partes, sem sua anuência - Irrelevância - Legitimidade de parte da fiadora, para integrar o polo passivo da execução - Preliminar afastada. LOCAÇÃO DE IMÓVEIS – EXECUÇÃO - EMBARGOS DEVEDOR - FIADOR -RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA AO AFIANÇADO - Fiador que assume posição contratual de principal pagador e solidário ao seu afiançado - Obrigação de pagar os encargos da locação não quitados (condomínio e IPTU) -Contrato avençado durante a vigência do Código Civil revogado - Possibilidade de cobrança direta - Responsabilidade que perdura até a efetiva entrega das chaves - Ausência de "animus novandi" - Execução regularmente interposta, contra o garantidor do contrato, e que se encontra aparelhada em contrato de locação regularmente avençado - Título executivo legítimo e válido - Recurso improvido. BEM DE FAMÍLIA - Penhorabilidade, em caso de fiança - Garantia do pagamento dos aluguéis em atraso deixados pelo afiançado-locatário -Possibilidade, ante o disposto na Lei 8009/90, art. 3o, complementada e acrescentada pela Lei 8245/91, art. 82 - Hipótese não excepcionada pela legislação.
> (TJ-SP - APL: 9179052222008826 SP 9179052-22.2008.8.26.0000, Relator: Carlos Nunes, Data de Julgamento: 07/02/2011, 33ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/02/2011).

A tese levantada pelos recorrentes não convence, pois cabe aos réus comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC. Logo, os mesmos poderiam buscar o Órgão municipal, ou ainda, o próprio condomínio, com o escopo de levantar a documentação viável a verificar possível débito sobre o imóvel locado atinente as taxas de IPTU e condomínio.

Pelas razões acima expendidas, CONHEÇO do presente apelo, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, de modo a acolher a preliminar suscitada por Rebeca Laudicéia Leitão de Carvalho e Audízio Mosca de Carvalho Filho, e conceder-lhes a assistência judiciária gratuita. Via de consequência, ficam isentas do pagamento das custas e honorários advocatícios, nos termos do art. 12 da Lei nº. 1.060/50.

Nos demais termos, mantenho integralmente a sentença objurgada no sentido de condenar os réus – Sra. Rebeca Laudiceia Leitão de Carvalho e Sr. Audízio Mosca de Carvalho Filho, fiadores; e Sra. Cristina Steindorfer Proença de Menezes, locatária – , de modo solidário, ao pagamento dos aluguéis devidos sobre o imóvel localizado na rua Paulo Morais, 795, ap. 101, bairro Papicu, no período de 18 de dezembro de 2007 até 23 de dezembro de 2010.

É como voto.

Fortaleza, 3 de dezembro de 2014.

PROCESSO Nº 0399015-72.2010.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: MONTEPLAN ENGENHARIA LTDA.
APELADA: DULCE DAMASCENO DA SILVA
RELATORA: DESA. TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA FAVORÁVEL AO PLEITO AUTORAL, RECONHECENDO O DIREITO DE ELA RECEBER, NA QUALIDADE DE VIÚVA, O VALOR DO TÍTULO ADQUIRIDO POR SEU CÔNJUGE FALECIDO JUNTO À COLÔNIA SÓCIO-RECREATIVA 11 DE JULHO, EM RAZÃO DA AQUISIÇÃO DESTA PELA MONTEPLAN, UMA VEZ QUE NÃO HOUVE O REPASSE POR ESTA AOS HERDEIROS DO FALECIDO DO *QUANTUM* RELATIVO AO REFERIDO TÍTULO. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DA PROMOVENTE/APELADA ACOLHIDA. LEGITIMIDADE DO ESPÓLIO, POR MEIO DO INVENTARIANTE, PARA PLEITEAR EM JUÍZO O DIREITO AO RECEBIMENTO DO VALOR RELATIVO AO TÍTULO PERTENCENTE AO *DE CUJUS*. ART. 12, V, DO CPC. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ART. 267, VI, DO CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº0399015-72.2010.8.06.0001.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, para dar-lhe provimento, a fim de reconhecer a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* da Apelada, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2014

RELATÓRIO

Monteplan Engenharia Ltda, devidamente qualificada nos autos em epígrafe, interpôs recurso apelatório em face da r. sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação declaratória, julgada parcialmente procedente, tendo como apelada **Dulce Damasceno da Silva.**

Aduziu a autora da ação, ora recorrida, que fora casada com José Roque da Silva, falecido em 11/01/1981, e que na condição de viúva deste, procurou o reconhecimento do Título nº 09 da Colônia de Férias 11 de Julho.

Asseverou, ainda, que todos os títulos dos ex-funcionários da antiga TELECEARÁ foram comprados pela apelante, com exceção do título nº 09, justamente o que pertencia ao seu falecido esposo, e que esses títulos tiveram seu preço médio em R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Por fim, requereu, o reconhecimento da validade do título de seu esposo, além da indenização por danos materiais e morais a serem estipulados pelo juiz.

Regularmente citada, a requerida apresentou peça contestatória às fls. 33/40, arguindo preliminarmente, ilegitimidade ativa da viúva, e no mérito, sustentou a falta de fundamento da pretensão, pela perda da qualidade de sócio-proprietário de seu falecido esposo, em face de atraso no pagamento de seis mensalidades consecutivas do supra citado título.

Réplica às fls. 107/111, reforçando os termos da inicial.

Após a realização de audiência de conciliação, que restou sem êxito (fls. 115) e apresentação de manifestação da autora (fls. 118/121), o d. magistrado *a quo,* determinou a intimação das partes para indicarem as provas que pretendiam produzir.

Sem manifestação, o juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a promovida, ora apelante, ao pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) pelo reconhecimento da validade do título de sócio proprietário de José Roque da Silva, com conversão do pagamento em favor da viúva e apelada Dulce Damasceno da Silva.

Condenou ainda a apelante ao recolhimento das custas sobre o valor da causa devidamente atualizado, mais honorários advocatícios de 15% do valor da causa (fls. 128/132).

Inconformada, interpôs a recorrente a presente Apelação Cível às fls. 134/139, pleiteando a reforma da sentença, apontando a ilegitimidade ativa *ad causam* e a falta de validade do título sob comento.

Contrarrazões às fls. 144/147.
É o relatório.
À douta revisão.

Fortaleza, 29 de outubro de 2014.

VOTO

Conheço da Apelação Cível, porquanto preenchidos os requisitos de admissibilidade.

O Magistrado de 1º grau julgou parcialmente procedente o pedido requerido na exordial, apenas para reconhecer a validade do título de sócio proprietário do Sr. José Roque da Silva, junto à colônia de férias, devendo ser o referido título convertido em pagamento no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), em favor da Apelada (fls. 128-132).

Passo a analisar a preliminar suscitada pela Apelante de ilegitimidade ativa *ad causam* da Apelada.

A Recorrida pleiteou em Juízo o direito de receber a verba relativa ao título de nº 09, adquirido em vida pelo seu cônjuge falecido, Sr. **JOSÉ ROQUE SILVA**, referente à Colônia Sócio-Recreativa 11 de Julho (fls. 16), a qual fora adquirida pela **MONTEPLAN ENGENHARIA LTDA.,** sem o repasse por esta aos herdeiros do *de cujus* do *quantum* relativo ao referido título.

Verifica-se que a Apelada acostou aos autos certidão de casamento e a certidão de óbito (fls. 13 e 15) que comprovam, respectivamente, a relação conjugal entre ela e o Sr. José Roque Silva, e o falecimento deste em 11/01/1981, com intuito de demonstrar a sua legitmidade para ajuizar em nome próprio, na qualidade de herdeira, a ação judicial ora em análise.

In casu, a Recorrida não comprovou ser a inventariante do espólio do Sr. José Roque da Silva ou a administradora provisória (art. 985, CPC), no sentido de legitimá-la a ingressar com a ação judicial supracitada, o que a impede, a meu ver, de obter, em nome próprio, provimento jurisdicional favorável a sua pretensão.

Ressalte-se que, em sua réplica, a Apelada afirma que tramita perante a 2ª Vara de Sucessões ação de inventário dos bens deixados pelo *de cujus*. Todavia, não comprova a existência do processo, bem como a sua qualidade de inventariante do espólio (fls. 108).

Portanto, a quantia relativa ao citado título, adquirido em vida pelo cônjuge da Apelada, por estar incorporada ao seu patrimônio, deve ser pleiteada por seu espólio, a fim de que seja partilhada entre seus herdeiros, conforme previsão do art. 12, V, CPC, que assim dispõe: *"Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...) V - o espólio, pelo inventariante. (...).*

Impende salientar que não há nos autos documento comprobatório de que a viúva, ora Apelada, seria a única herdeira do Sr. José Roque Silva.

Nesse sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que:

> CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. AÇÕES. CRT. **LEGITIMIDADE ATIVA DO ESPÓLIO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE REGULAR REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEL EXISTÊNCIA DE OUTROS HERDEIROS. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS. EXTINÇÃO, DE OFÍCIO**.
> 1. **Cuidando-se de pedido de ressarcimento dos valores despendidos pelo de cujus, a título de participação financeira, a legitimidade ao pleito é do espólio, mormente em se verificando a presença da cônjuge, como representante processual do espólio.**
> 2. Todavia, não comprovada a representação do requerente, por representação do espólio, mediante certidão de inventariante, tampouco a anuência de outros possíveis herdeiros, pois sequer a certidão de óbito veio aos autos, impõe-se a extinção do feito, por ilegitimidade ativa.
> 3. RECURSO PREJUDICADO.
> (Recurso Cível Nº 71004494761, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fernanda Carravetta Vilande, Julgado em 02/10/2013) (grifos nossos).

Ante o exposto, conheço do apelo, para dar-lhe provimento, a fim de reconhecer a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* da Apelada e, consequentemente, reformar a decisão vergastada, para extinguir o feito, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2014

PROCESSO: 0458753-40.2000.8.06.0001 – APELAÇÃO
APELANTE: ACCTUR CÂMBIO E TURISMO LTDA
APELADO: BANCO RURAL S.A – EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL
RELATOR: DES. INÁCIO DE ALENCAR CORTEZ NETO

EMENTA: PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA ALEGADO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. AUSÊNCIA DE RESPOSTA A QUESITO SUPLEMENTAR EM PERÍCIA CONTÁBIL. IMPROCEDÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ART. 17, II E V DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DE PESSOA ESTRANHA À RELAÇÃO PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE. QUESITOS SUPLEMENTARES À PERÍCIA INDEFERIDOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO INQUISITIVO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ARGUMENTO ALCANÇADO PELA COISA JULGADA. APLICAÇÃO DO ART. 467 DO CPC. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR POR PARTE DO RÉU/ APELADO. ALEGADO *ERROR IN PROCEDENDO* DO MAGISTRADO *A QUO* AO JULGAR A DEMANDA ANTES DA APRECIAÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO MANEJADO EM AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO. RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM FACE DO CONTEÚDO DA SENTENÇA IMPUGNADA.

I. A realização da perícia contábil ocorreu por determinação de acórdão deste Tribunal que reconheceu a nulidade da sentença anterior à agora apelada, fundamentando sua decisão, em brevíssimo resumo, por ter ocorrido julgamento antecipado da lide com o indeferimento de dilação probatória e posterior condenação por ausência de prova dos fatos alegados.

II. Não concebo como documentação unilateral se o que baseou a perícia foram documentos de propriedade de ambas as partes – do apelado por ter em seus registros de operações, que nada mais é do que a praxe de instituições financeiras guardar informações como estas, e da recorrente, por ser ela quem emitiu certos documentos bem como por ser destinatária dos extratos bancários de sua conta –, como fazem prova a documentação destes autos digitais.

III. É, no mínimo, ilógico alegar prova unilateral se grande parte dos documentos periciados são de emissão da própria recorrente, não havendo em se falar em forja ou falsificação de documentos. Isso, inclusive, é conduta desleal e que fere os objetivos mais comezinhos da processualística brasileira, cometendo flagrante litigância de má-fé, por querer alterar a verdade dos fatos bem como por estar procedendo de modo temerário neste incidente processual da perícia.

IV. Não há cerceamento de defesa em nenhum momento em desfavor da apelante. À esta, em todos os momentos, foi propiciado o contraditório e a ampla defesa, tendo sido, inclusive, realizadas duas perícias grafotécnicas, uma delas por instituição de origem estrangeira, que foi, ao meu sentir, bastante esclarecedora quanto à nulidade de assinatura alegada, além de possibilidade de apresentar os quesitos a serem respondidos pelo perito. Além disso, os limites da prova produzida não englobam a utilização dos valores pela Gold-Factoring, mas sim "para demonstrar que era corriqueira a realização de operações bancárias idênticas à impugnada na ação declaratória c/c perdas e danos".

V. O sigilo bancário é conteúdo estrutural do direito à vida privada ou à intimidade, sendo garantia constitucional que decorre da aplicação do art. 5º, inciso XII e § 2º da Constituição Federal. Não há, em nenhum momento sequer, identidade entre a empresa a ser investigada e a lide. Além disso, não se mostraram indispensáveis à demanda os dados de tal instituição, e isso se confirma porque a apelante, maior interessada em ver o deferimento do seu pleito, não chamou

tal empresa à lide, além do que os objetivos destes autos não se afiguram em demonstrar a utilização da pecúnia, mas sim a nulidade do procedimento de transferência efetuado, o que me mostra a total carência de indispensabilidade dos dados mercantis da pessoa alvo da eventual quebra de sigilo bancário.

VI. Quanto ao indeferimento de quesitos suplementares, é necessário mencionar que é cediço que a finalidade da prova é o convencimento do juiz, sendo este o seu direto e principal destinatário. Sob esse enfoque, o juiz tem, inclusive, o poder dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a produção de provas, ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento, sendo certo que o seu livre convencimento é a bússola norteadora da necessidade ou não de produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide. Ademais, não visualizei nenhuma argumentação que demonstrasse a importância da análise pericial acerca dos quesitos suplementares, ou seja, porque têm relação com a verificação de habitualidade da operação bancária impugnada. Em conclusão, se os quesitos oferecidos pelas partes não se revelam úteis para o provimento final, impõe-se o seu indeferimento, não havendo que se falar em nulidade de sentença.

VII. O pedido de inversão de ônus da prova possui ausência de respaldo jurídico. Isso porque estar-se-ia ferindo a coisa julgada material. Como visto – e comprovado pela certidão de trânsito em julgado de fls. 585 nos autos do processo 0031055-73.2013.8.06.0000 – a matéria alegada já foi exaustivamente tratada por julgados anteriores, sendo despiciendo tecer maiores comentários sobre a improcedência deste tópico. Aplicação do art. 467 do CPC.

VIII. Ante todo o conteúdo probatório dos autos, mormente a perícia contábil realizada – acerca da qual já teci suficientes comentários – não vejo patente qualquer ato ilícito, isso porque, para não me tornar repetitivo, foi atestado pelo laudo pericial a regularidade da autorização e sua habitualidade. E

mais. Assim, fica claro que não há correlação entre a conduta do apelado, posto que amparada pelo manto da legalidade, e o alegado dano sofrido pelo autor, o que demonstra a falta de nexo causal entre o alegado dano sofrido pela apelante e a conduta. Assim sendo, inexistente a ocorrência do ato ilícito e de nexo de causalidade, não há o dever de indenizar para a parte ré, posto que ausente o *Haftung de Alois Brinz*.

IX. A apelação à sentença exarada pelo juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza engloba, no todo, o conteúdo do agravo de instrumento colacionado ao processo cautelar de exibição de documento, mormente por argumentar a necessidade de apreciação dos quesitos complementares feitos pela apelante os quais, inclusive, já foram alvo de bastantes comentários. Recurso de agravo de instrumento prejudicado em face do conteúdo da sentença.

X. Recurso conhecido, mas improvido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em, à unanimidade de votos, conhecer da apelação interposta para lhe negar provimento, nos termos do voto relatos.

Fortaleza, 17 de dezembro de 2014

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda. em face de sentença exarada pela 5ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, figurando como apelado Banco Rural S.A – Em Liquidação Extrajudicial.

A sentença combatida, em um primeiro momento, ao julgar a ação cautelar de exibição de documentos – manejada pelo recorrente – concedeu provimento a ACCTUR, uma vez que, interpelado e notificado, deixou o banco requerido de atender o pedido da autora/recorrente, somente o fazendo em juízo, tornando, por conseguinte, definitiva a liminar antes deferida. Por fim, condenou a instituição financeira ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes arbitrados no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 20, § 3º do Código de Processo Civil.

A mesma decisão, em sua análise acerca da ação principal de declaração de nulidade de relação jurídica, sentenciou a improcedência de tal ação, condenando a empresa ora apelante ao pagamento de custas e honorários no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em seu recurso de apelação, a ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda. pugnou pelo reconhecimento de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, posto que não foram devidamente produzidas respostas do perito aos quesitos suplementares, que foram indeferidos pelo magistrado *a quo*.

Neste desiderato, alegou que a perícia utilizou apenas documentos unilaterais colacionados pelo recorrido, que provavelmente seriam forjados e falsificados, não se prestando à análise, por serem unilaterais, que não foram juntados à contestação, de forma que devem ser desentranhadas e a perícia, anulada.

Nesse mesmo sentido, que *"deve ser declarada a má-fé do apelado em não apresentar a documentação que comprove o destino do valor retirado da conta do apelante e, por conseguinte, ofensa, por parte do juízo a quo, ao direito ao contraditório, incorrendo em manifesto cerceamento de defesa"* (fls. 934).

Quanto ao pedido de perícia suplementar, aduziu que este se faz imprescindível ao deslinde dos fatos, mormente porque o perito teria deixado de responder os quesitos 1 a 12,14, 18 e 24, todos dos quesitos iniciais. E que esta perícia possui uma finalidade maior que confirmar ou refutar a habitualidade da operação bancária impugnada, qual seja a de confirmar, ou descartar a ocorrência de uma fraude bancária e uma evasão de divisas.

Além disso, que a justificativa dada pelo perito para não responder os quesitos já elencados, impossibilidade de violação de sigilo bancário, é inapta para tanto, pois entende que o *expert* poderá se utilizar de todos os meios necessários para que realize seu trabalho, buscando a verdade real no processo, inclusive solicitando ao magistrado a quebra do sigilo bancário da empresa Gold Factoring Fomentos Mercantis Ltda.

Requereu a inversão do ônus da prova em seu favor, seja por aplicação direta do art. 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, seja pelo art. 333, II do Código de processo Civil.

Por fim, pugnou também pelo reconhecimento de *error in procedendo* pelo juízo de piso ao proferir decisão definitiva de mérito antes do julgamento, por parte deste Tribunal de Justiça, de recurso de agravo de instrumento que ataca a decisão que indeferiu a perícia suplementar e pagamento de indenização por danos morais equivalente a dez vezes o valor atualizado do cheque devolvido.

Contrarrazões em folhas 974 a 1000.

Nestas, o apelado relatou que, além de estar provada a verossimilhança e a verdade da autorização concedida pelo autor ao banco, o laudo pericial comprova, firmemente, a habitualidade de transações comerciais entre ACCTUR e Gold-Factoring.

Em ato contínuo à sua antítese recursal, a instituição financeira recorrida argumentou que a espécie recursal do agravo de instrumento originalmente não possui efeito suspensivo, o qual não foi concedido nos presentes autos, tendo o magistrado *a quo* procedido com acerto ao conduzir o processo, não paralisando o feito e prolatando a sentença vergastada.

Neste mesmo ponto, pugnou pelo reconhecimento de inépcia da inicial, pois não haveria nenhuma razão no apelo que aponte o erro da decisão prolatada na pendência de agravo de instrumento sem efeito suspensivo.

Quanto à assertiva da recorrente sobre a possibilidade de quebra de sigilo bancário, o Banco Rural afirmou que não houve cerceamento de defesa por não terem sido juntados aos autos documentos que se referem ao sigilo bancário de terceiro que não é parte integrante da demanda. E que *"A Gold Factoring Fomentos Mercantis Ltda. não é parte da presente ação e, por óbvio, com preconiza as mais basilares lições processuais, não pode ter sua esfera jurídica alcançada por apuração pericial, tampouco por decisão no presente feito"* (fls. 983).

Já em relação à tese de cerceamento de defesa que discorreu a ACCTUR, contrarrazoou a recorrida aduzindo que seria notório que o único substrato para a realização da perícia seriam os registros das movimentações financeiras e, tanto seria assim, que a própria apelante não informa, em nenhum momento, qual seriam os dados nos quais deveria se debruçar a perícia.

Por fim, que não houve, segundo a perícia contábil, nenhuma irregularidade no procedimento realizado, o que atesta a inexistência de ato ilícito e nexo de causalidade entre o fato e o evento danoso alegado capazes de embasar a indenização moral pretendida pela ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda.

É o relatório do necessário.

À douta revisão.

Fortaleza, 4 de novembro de 2014.

VOTO

Ab initio, presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço da apelação interposta por ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda.

Em seu apelo, pugnou, inicialmente, pelo reconhecimento de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide por entender que não teriam sido devidamente produzidas as respostas do perito aos quesitos suplementares, que foram indeferidos pelo magistrado *a quo*.

Tendo em vista tal desiderato, alegou que a perícia utilizou apenas documentos unilaterais colacionados pelo recorrido, que provavelmente seriam forjados e falsificados, não se prestando à análise, por serem unilaterais, que não foram juntados à contestação, de forma que devem ser desentranhadas e, a perícia, anulada. Por fim, afirma que *"deve ser declarada a má-fé do apelado em não apresentar a documentação que comprove o destino do valor retirado da conta do apelante e, por conseguinte, ofensa, por parte do juízo a quo, ao direito ao contraditório, incorrendo em manifesto cerceamento de defesa"* (fls. 934).

Verificando os autos, mormente as perícias realizadas, observo que há, ao contrário do que afirmou a recorrente, habitualidade de negócios bancários entre a ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda e a empresa Gold-Factoring que, destaco, não integra a presente lide.

A realização da perícia contábil ocorreu por determinação de acórdão deste Tribunal que reconheceu a nulidade da sentença anterior à agora apelada, fundamentando sua decisão, em brevíssimo resumo, por ter ocorrido julgamento antecipado da lide com o indeferimento de dilação probatória e posterior condenação por ausência de prova dos fatos alegados. Trago trecho da fundamentação do referido acórdão, vejamos *iteris litteris* (fls. 440 e 441):

> "Em primeiro lugar, a decisão atacada configurou flagrante cerceamento de defesa. Isso porque considerou desnecessária a dilação probatória, indeferindo o pedido de perícia específica formulado pela ré/apelante para demonstrar que era corriqueira a realização de operações bancárias idênticas à impugnada na ação declaratória c/c perdas e danos.
>
> No entanto, posteriormente, condenou a mesma ré/apelante ao pagamento de indenização por presumir que não logrou provar fatos impeditivos da pretensão da autora/apelada. Colho precedentes jurisprudenciais:
>
> […]
>
> Tal fundamento, por si só, é suficiente para demonstrar a nulidade da sentença recorrida, que cerceou o exercício da defesa da ré/apelante, violando os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, para dizer o mínimo".

Portanto, é de fácil entendimento que a necessidade da perícia contábil ser realizada era para dar oportunidade ao réu de exercer seu direito ao "*devido processo legal, contraditório e ampla defesa, para dizer o mínimo"*

Nesse diapasão, o limite da prova pericial contábil seria, tão somente, a habitualidade de operações bancárias feitas entre a recorrente e a Gold-Factoring, como expressamente determinado pelo acórdão cujo excerto colacionei acima.

Pois bem.

Detendo-me no exame do laudo do *expert*, vejo que este realizou sua análise dentro dos limites estabelecidos pela acórdão, seja pela própria descrição do objeto da prova pericial, seja por suas respostas aos quesitos da ACCTUR e do Banco Rural.

Além do mais, verifiquei que não houve, em nenhum momento, como quis fazer crer a apelante, análise de documentos unilaterais no laudo produzido. Isso porque o próprio perito informa que sua análise foi baseada em extratos bancários da ACCTUR, bem como cartas de solicitações/autorizações desta e de cópias de cheques emitidos pela recorrente.

Não concebo como documentação unilateral se o que baseou a perícia foram documentos de propriedade de ambas as partes – do Banco Rural por ter em seus registros de operações, que nada mais é do que a praxe de instituições financeiras guardar informações como estas, e da ACCTUR, por ser ela quem emitiu certos documentos bem como por ser destinatária dos extratos bancários de sua conta – , como fazem prova as fls. 629 a 644 destes autos digitais.

Nesse mesmo sentido, os objetivos sociais da ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda demonstra que a contratação de serviços bancários caracteriza instrumento de viabilização e incremento de suas atividades comerciais. Ora, sendo este um dos objetivos sociais da apelante, é notório que esta deve possuir registro de todas as suas atividades mercantis, o que implica na guarda de cópia dos cheques e autorizações dispostas para a análise pericial.

É, no mínimo, ilógico alegar prova unilateral se grande parte dos documentos periciados são de emissão da própria recorrente, não havendo em se falar em forja ou falsificação de documentos. Isso, inclusive, é conduta desleal e que fere os objetivos mais comezinhos da processualística brasileira, cometendo flagrante litigância de má-fé, por querer alterar a verdade dos fatos bem como por estar procedendo de modo temerário neste incidente processual da perícia.

> "Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
> II - alterar a verdade dos fatos;
> V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;"

Além do mais, os documentos, bem como as próprias afirmações da ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda demonstram a destinação da pecúnia, qual seja, para a empresa Gold-Factoring, sendo, portanto, fato incontroverso.

Do exposto em todo o processo, não é imperioso saber como o suposto dinheiro transferido foi utilizado pela destinatária dele, mas sim a nulidade de tal operação bancária, e para isso se prestou a perícia contábil.

As respostas dadas pelo perito demonstram, de forma suficientemente fundamentadas, que havia habitualidade de procedimentos bancários entre as duas empresas – ACCTUR e Gold-Factoring – como mostra a resposta ao quesito número 13 formulado pela instituição financeira ré. Nesta resposta, o *expert* mostra que, pelas *"cópias dos cheques emitidos pela apelante, cujo valores foram depositados na conta da Gold-Factoring constantes no* ***ANEXO C****, deste laudo, bem como, conforme relação constada entre as empresas no processo criminal nº 2000.81.00.019972-9, cuja cópia da Sentença e do Acórdão foi apresentada pelo assistente técnico do réu"* (fls. 634) há confirmação da prática corriqueira de movimentações entre tais empresas. Dessa forma, vejo que o perito não fugiu aos limites impostos por este Tribunal de justiça ao determinar a realização de tal prova.

Como visto, não há cerceamento de defesa em nenhum momento em desfavor da apelante. À esta, em todos os momentos, foi propiciado o contraditório e a ampla defesa, tendo sido, inclusive, realizadas duas perícias grafotécnicas, uma delas por instituição de origem estrangeira, que foi, ao meu sentir, bastante esclarecedora quanto à nulidade de assinatura alegada, além de possibilidade de apresentar os quesitos a serem respondidos pelo perito. Além disso, os limites da prova produzida não englobam a utilização dos valores pela Gold-Factoring, mas sim "*para demonstrar que era corriqueira a realização de operações bancárias idênticas à impugnada na ação declaratória c/c perdas e danos"*.

Quanto ao pedido de perícia suplementar, aduziu que este se faz imprescindível ao deslinde dos fatos, mormente porque o perito teria deixado de responder os quesitos 1 a 12,14, 18 e 24, todos dos quesitos iniciais. E que esta perícia possui uma finalidade maior que confirmar ou refutar a habitualidade de uma fraude bancária e uma evasão de divisas de da operação bancária impugnada.

Além disso, alega que a justificativa dada pelo perito para não responder os quesitos já elencados, impossibilidade de violação de sigilo bancário, é inapta para tanto, pois entende que o *expert* poderá se utilizar de todos os meios necessários para que realize seu trabalho, buscando a verdade real no processo, inclusive solicitando ao magistrado a quebra do sigilo bancário da empresa Gold Factoring Fomentos Mercantis Ltda.

Os quesitos formulados pela apelante que foram impugnados pelo perito ferem a angularidade processual destes autos.

A empresa Gold-Factoring não é parte deste processo, não podendo ter sua esfera jurídica adentrada por nenhuma decisão nestes autos e, principalmente, por ato unilateral de perito.

Como bem ressaltou o magistrado *a quo*, em fls. 30:

> "Oportuno lembrar, neste átimo, que o acórdão de fls. 389 do egrégio TJCE foi taxativo e determinar a realização de perícia contábil visando confirmar a habitualidade da operação escorraçada objetivando a detecção ou não da autorização que resultou na transferência da importância para a esfera da sociedade empresarial acima mencionada (Gold-Factoring Mercantis Ltda), **cuja quebra de sigilo bancário pretendida pela Autora violaria, a meu sentir, preceito constitucional que protege direitos fundamentais. Além do mais, o laudo pericial constante dos autos já traz subsídios acerca da operação objurgada**".(grifo nosso).

O sigilo bancário é conteúdo estrutural do direito à vida privada ou à intimidade, sendo garantia constitucional que decorre da aplicação do art. 5º, inciso XII e § 2º da Constituição Federal. Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal:

> "CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, art. 5º, X. I. - Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege art. 5º, X não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional. II. - R.E. não conhecido.
> (STF - RE: 219780 PE , Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 13/04/1999, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 10-09-

> 1999 PP-00023 EMENT VOL-01962-03 PP-00473 RTJ VOL-00172-01 PP-00302)".

A quebra de sigilo bancário, para ser efetivada, necessita de determinados requisitos, todos presentes, para que se possa invadir a garantia constitucional da vida privada ou da intimidade, bem como da particularidade das negociações de instituições privadas, quais sejam: ordem judicial fundamentada, indispensabilidade dos dados da instituição financeira, existência de fundados elementos de suspeita, individualização do investigado e do objeto da perícia, obrigatoriedade de manutenção do sigilo em relação às pessoas estranhas ao procedimento e utilização dos dados obtidos somente para a investigação que lhe deu causa.

Ao não se verificar a presença dos requisitos acima elencados, não há como se entender pelo deferimento de tal instituto.

Não há, em nenhum momento sequer, identidade, como já vastamente falado, entre a Gold-Factoring – empresa a ser investigada – e a lide. Além disso, não se mostraram indispensáveis à demanda os dados de tal instituição, e isso se confirma porque a apelante, maior interessada em ver o deferimento do seu pleito, não chamou tal empresa à lide, além do que os objetivos destes autos não se afiguram em demonstrar a utilização da pecúnia, mas sim a nulidade do procedimento de transferência efetuado, o que me mostra a total carência de indispensabilidade dos dados mercantis da Gold-Factoring.

No mais, e por conta dos laudos periciais formulados, não existe suspeitas de fraudes no procedimento ao qual a autora/recorrente pretende anular. Nesse ponto, destaco que a segunda perícia grafotécnica demonstrou a possibilidade de fraude nas próprias assinaturas paradigmas fornecidas, além do mais, a perícia contábil demonstrou a constante habitualidade do procedimento feito. Trago à tona trecho da perícia contábil em resposta a quesitos formulados pela ACCTUR Câmbio e Turismo (fls. 637 e 638):

> "13. O documento (a "Autorização") que serviu de fundamento para a transferência de valores da conta da autora para a quitação dos débitos da GOLD FACTORING está de acordo com as práticas comerciais, bancárias e de mercados habituais?
>
> **RESPOSTA:**
>
> Sim, o documento que autorizou em caráter irrevogável e irretratável, a utilização do valor decorrente das aplicações Financeiras de titularidade da Autora (ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda.), para amortizar ou liquidar qualquer débito de responsabilidade da empresa Gold Factoring, está de acordo com as práticas comerciais, bancárias e de mercado habituais".

> "15. Observadas as práticas comerciais, bancárias e de mercado habituais, tratando-se a referida Autorização, praticamente, de uma concessão de garantia a favor de terceiro, a referida garantia não deveria ser concedida mediante contrato bilateral?
> **RESPOSTA:**
> No entendimento desse perito, a autorização em caráter irrevogável e irretratável, para a utilização do valor decorrente das aplicações Financeiras de titularidade da Autora (ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda.), para amortizar ou liquidar qualquer débito de responsabilidade da empresa GOLD FACTORING, está de acordo com as práticas comerciais, bancárias e de mercado habituais".

Assim sendo, quesitos que tenham por objeto a análise de *"extrato da conta corrente de depósito da GOLD FACTORING*, *juntamente com o demonstrativo de suas aplicações financeiras e de outras transações mantidas com o banco réu*" (fls. 635), caso não indeferidos, violariam o sigilo bancário de terceiro estranho à lide, além do que as movimentações financeiras da Gold-Factoring não fazem parte, em nenhum momento, do objeto da perícia.

Quanto ao indeferimento de quesitos suplementares, é necessário mencionar que é cediço que a finalidade da prova é o convencimento do juiz, sendo este o seu direto e principal destinatário.

Quando levada aos autos, a prova pertence não somente a quem a produziu, mas a todos aqueles que compõem o processo.

Ressalte-se que, pelo princípio do inquisitivo, ao juiz é conferido um papel maior do que o de mero expectador do processo, o qual passa a ser instrumento não mais somente construído pelas ferramentas das partes – autor e réu –, mas também por aquelas que o magistrado julgar importantes para a solução da lide.

Assim sendo, ao juiz é permitido a produção das provas que achar necessárias para concretizar a sua certeza quanto aos fatos alegados nos autos.

Sob esse enfoque, o juiz tem, inclusive, o poder dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a produção de provas, ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento, sendo certo que o seu livre convencimento é a bússola norteadora da necessidade ou não de produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide.

Nesse sentido, os artigos 427 e 330, I do CPC são claros ao dizer que ao juiz é facultado produzir prova pericial quando não considerar que os documentos acostados ao autos não são suficientemente elucidativos e que é possível que despreze produção

de provas quando constatar que os documentos acostados nos autos são suficientes para embasar seu convencimento.

Além do mais, sabemos que, pelo mesmo princípio do inquisitivo, ao juiz também é permitido indeferir diligências que julgar inúteis à resolução da lide. Nesse sentido, encontra-se positivado no Código de Processo Civil, em seus artigos 130 e 426, inciso I que:

> "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. 426. Compete ao juiz:
> I - indeferir quesitos impertinentes;"

Impertinente é o quesito que não visa obter resposta que possa contribuir, ao menos singelamente, com a cognição do magistrado acerca da causa que diante de si foi posta. Trazendo o afirmado ao caso específico dos autos, o juízo da 5ª Vara Cível de Fortaleza teve por bem inferir os quesitos suplementares, grifei, "*por entender que as razões fáticas expendidas na peça vestibular, bem como a perícia grafotécnica realizada para dirimir a questão da autenticidade da autorização tisnada de falsa, a qual redundou na operação de transferência do numerário para a empresa GOLD FACTORING MERCANTIS LTDA,* ***bem como em cotejo com a pletora de documentos acostados, já se afiguram suficientes para formar o convencimento do juízo em relação à elucidação dos fatos controvertidos****"* e que *"****Além do mais, o laudo pericial constante dos autos já traz subsídios acerca da operação objurgada".***

Como observado e de fácil constatação, o magistrado indeferiu os quesitos suplementares por estes representarem apenas insurgência da ora recorrente quanto à negativa de resposta a determinados questionamentos por ela formulados e, principalmente, porque o resultado da perícia se mostrou desfavorável ao seu pleito.

Além do mais, ao momento do indeferimento, o julgador demonstrou, adimplindo o requisito do art. 93, inciso IX da Constituição Federal, que todas as provas necessárias já tinham sido produzidas e as partes se manifestado sobre elas.

E como já comentado, o indeferimento de quesitos impertinentes é uma faculdade atribuída ao julgador durante a fase de instrução do processo, o que não configura, no presente caso, nulidade de sentença.

Ressalto, mais uma vez, que não foi tolhido o direito probatório da recorrente/autora, tendo sido amplamente observado os princípios da ampla defesa e do contraditório.

O que importa é não tumultuar os autos com diligências desnecessárias, que não tragam ajuda à elucidação dos fatos, caso contrário, maior seria o lapso temporal despendido para a solução da lide, o que vai de encontro aos princípios norteadores do processo civil brasileiro, mormente o da celeridade (art. 125, II do CPC) dos atos jurisdicionais.

Ademais, não visualizei nenhuma argumentação que demonstrasse a importância da análise pericial acerca dos quesitos suplementares, ou seja, porque têm relação com a verificação de habitualidade da operação bancária impugnada.

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, senão vejamos (grifei):

> "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. UTILIDADE PÚBLICA. INDEFERIMENTO DE QUESITOS EXPLICATIVOS CONSIDERADOS IMPERTINENTES QUE NÃO CONFIGURA CAUSA DE NULIDADE DA SENTENÇA. PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO DO JUIZ.
> 1. **"A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual"** (REsp 7.870/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 3.2.1992).
> 2. É bem verdade que o art. 435 do CPC autoriza a parte interessada em obter esclarecimentos do perito e do assistente técnico, mediante a formulação de perguntas sob a forma de quesitos. **Deve ser observado, no entanto, o poder atribuído ao magistrado de determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, segundo a dicção do art. 130 do mesmo diploma legal. O art. 426, I, do CPC, por seu turno, também deixa claro que compete ao juiz o indeferimento de quesitos impertinentes.**
> **3. Hipótese em que o magistrado de primeiro grau de jurisdição considerou impertinentes os quesitos explicativos formulados pela parte expropriada, deixando consignado, na sentença, que todas as provas pertinentes já haviam sido produzidas.**
> **4. O indeferimento de quesitos impertinentes é faculdade atribuída ao julgador durante a fase de instrução do processo, não constituindo causa de nulidade da sentença.**
> 5. Recurso especial provido, para afastar a declaração de nulidade da sentença de primeiro grau de jurisdição, com o conseqüente retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que sejam analisadas as demais questões consideradas prejudicadas".
> (REsp 811.429/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/03/2007, DJ 19/04/2007, p. 236).

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. QUESITOS. ART. 421, § 1º, II DO CPC. INTERPRETAÇÃO LITERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. MATÉRIA DE DIREITO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL INDEMONSTRADA.
> **1. Evidenciada a ausência de violação ao art. 421, § 1º, II do CPC, porquanto a Corte a quo, em momento algum, negou o direito da recorrente de apresentar quesitos, tendo concluído no sentido de serem impertinentes aqueles que envolvem matéria de direito, motivo pelo qual os indeferiu. Caberia à recorrente apontar violação ao art. 426, I do CPC ou outro que entendesse pertinente e não aquele que foi observado na sua disposição literal.**
> 2. Ainda que transposto tal óbice, verifica-se que são impertinentes os quesitos formulados pela recorrente pois envolvem matéria de direito.
> 3. O recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional não enseja cognição, porquanto o recorrente não satisfez as exigências regimentais para a demonstração da divergência jurisprudencial.
> 4. Recurso especial improvido".
> (REsp 622.160/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2005, DJ 03/10/2005, p. 179).

Em conclusão, se os quesitos oferecidos pelas partes não se revelam úteis para o provimento final, impõe-se o seu indeferimento, não havendo que se falar em nulidade de sentença.

A ACCTUR Câmbio e turismo Ltda., teceu argumentação em que pugna pela aplicação da inversão do ônus da prova em seu favor, seja por aplicação direta do art. 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, seja pelo art. 333, II do Código de processo Civil.

Neste ponto, é flagrante a ausência de respaldo jurídico que traz tal alegação. Isso porque estar-se-ia ferindo a coisa julgada material.

Sabemos que a coisa julgada é instituto protegido constitucionalmente:

> "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:
> XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada";

O Código de Processo Civil, em seu artigo 467 diz que "*Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário"*.

Trago à tona trecho da decisão mencionada:

> "Em segundo lugar, a decisão atacada é nula por determinar incabível inversão do ônus da prova em sede de relação comercial cujos elementos, nem com caminhões de boa vontade, configuram relação de consumo.
> O exame dos objetivos sociais da **Acctur Câmbio e Turismo Ltda** revela que a contratação de serviços bancários caracteriza instrumento de viabilização e/ou incremento das atividades comerciais por ela desenvolvidas, o que afasta definitivamente a configuração legal de relação de consumo. Bem por isso, a inaplicabilidade de legislação consumerista a casos desta espécie é pacífica na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ora colacionada literalmente:".

Como visto – e comprovado pela certidão de trânsito em julgado de fls. 585 nos autos do processo 0031055-73.2013.8.06.0000 – a matéria alegada já foi exaustivamente tratada por julgados anteriores, sendo despiciendo tecer maiores comentários sobre a improcedência deste tópico.

Pugnou também pelo reconhecimento de *error in procedendo* pelo juízo de piso ao proferir decisão definitiva de mérito antes do julgamento, por parte deste Tribunal de Justiça, de recurso de agravo de instrumento que ataca a decisão que indeferiu a perícia suplementar e pagamento de indenização por danos morais equivalente a dez vezes o valor atualizado do cheque devolvido.

Tratarei, primeiro, do pedido de indenização por danos morais.

O dever de indenizar tem por fundo, como objetivo primeiro, proteger o lícito e reprimir o ilícito, sendo atribuído a todos o dever de não lesionar ninguém, dever este imbuído, há muito, na máxima romana *neminem laedere.*

A verificação do dever de indenizar pressupõe, seja qual for a modalidade de indenização ou mesmo do ato que fez surgir este dever, a violação de um dever jurídico – legal ou voluntário – e a identificação do responsável, que se traduz na correlação entre o dever violado e o sujeito que o descumpriu.

A hipótese dos autos apresenta, como já mencionado, em um primeiro momento, na realização de um termo que objetiva, resumidamente, autorização.

Assim sendo, é inconteste presença do dever jurídico entre as partes, consubstanciado na avença formada, caracterizando-se como negócio jurídico, ante a sua bilateralidade e autonomia de vontade, dentre outras características, materializando o chamado *shuld* da teoria de Alois Brinz.

Dessa forma, vendo a existência do dever jurídico, restaria saber se houve conduta antijurídica e o nexo causal entre o fato e o dano.

Além do mais, sabemos que o dano moral é, precipuamente, *in re ipsa*, dispensando a apresentação de provas que demonstrem a ofensa moral a pessoa, ou seja, seria suficiente, apenas e tão somente, a ocorrência da lesão, que é o que vislumbro no caso.

Pois bem.

Ante todo o conteúdo probatório dos autos, mormente a perícia contábil realizada – acerca da qual já teci suficientes comentários – não vejo patente qualquer ato ilícito, isso porque, para não me tornar repetitivo, foi atestado pelo laudo pericial a regularidade da autorização e sua habitualidade.

E mais. Tendo o réu recebido tal autorização, a conduta correta a ser feita seria justamente a impugnada, não havendo o que se imputar ao Banco Rural de ilicitude ou mesmo antijuridicidade em sua conduta.

Assim, fica claro que não há correlação entre a conduta do apelado, posto que amparada pelo manto da legalidade, e o alegado dano sofrido pelo autor, o que demonstra a falta de nexo causal entre o alegado dano sofrido pela apelante e a conduta.

Assim sendo, inexistente a ocorrência do ato ilícito e de nexo de causalidade, não há o dever de indenizar para a parte ré, posto que ausente o *Haftung* de Alois Brinz.

Agora, passarei à análise do alegado *error in procedendo* do magistrado de piso ao sentenciar antes do julgamento do recurso de agravo de instrumento interposto em face de decisão interlocutória que negou a apreciação de quesitos complementares formulados pela ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda.

Conforme Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, em seu Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, 7ª e.:

> "Em suma,a questão deve ser analisada sob a ótica do interesse recursal do agravante: se, a despeito da sentença superveniente, ainda lhe for útil, de algum modo, o julgamento do agravo – é dizer, se a sua posição no processo puder ser, de alguma forma, melhorada com aquele julgamento – não se pode ter por prejudicado aquele recurso; se, ao contrário, a partir da prolação da sentença, o provimento ou desprovimento do agravo não tiver o condão de influenciar em sua situação processual, outro caminho não restará senão o de tê-lo por prejudicado."

A apelação à sentença exarada pelo juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza engloba, no todo, o conteúdo do agravo de instrumento colacionado ao processo cautelar de exibição de documento, mormente por argumentar a necessidade de apreciação dos quesitos complementares feitos pela apelante os quais, inclusive, já foram alvo de bastantes comentários.

Dito isso, tenho por prejudicado o recurso de agravo de instrumento interposto na ação cautelar de nº 0031055-73.2013.8.06.0000, de autoria da ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios arbitrados na sentença de primeiro grau, os quais o foram no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), entendo que tal valor é compatível com o trabalho depreendido na presente demanda, atendendo os ditames disposto no art. 20, § 3º do Código de Processo Civil:

> "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;
> a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço".

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda., mas nego-lhe provimento, mantendo, por inteiro, a sentença vergastada para julgar improcedente o pleito da ação declaratória de nulidade com perdas e danos, condenando a recorrente ao pagamento das despesas processuais, além de custas e honorários advocatícios fixados em R$ 10.000,00 (dez mil reais), de acordo com o art. 20, § 3º do CPC.

Além disso, condeno a apelante ao pagamento da multa prevista no art. 18 do Código de Ritos no valor que ora arbitro em 01% (um porcento) sobre o valor da causa, haja vista estar caracterizada a litigância de má-fé, conforme exposto.

Por fim, ressalto que tenho por prejudicado o agravo de instrumento interposto pela ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda. nos autos da ação cautelar de nº 0031055-73.2013.8.06.0000.

É como voto.

Fortaleza, 17 de dezembro de 2014

APELAÇÃO CÍVEL N. 0005288-79.2006.8.06.0064 DE CAUCAIA
APELANTE: M. E. D. M. B.
APELADA: M. N. L. D. A.
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO RELACIONAMENTO. INTERDIÇÃO DO COMPANHEIRO POSTERIOR AO PERÍODO EM QUE SE DEU A UNIÃO ESTÁVEL. EFEITOS *EX NUNC* DO DECRETO DE INTERDIÇÃO, DE MODO QUE OS ATOS PRATICADOS ANTES DELE SÃO PRESUMIVELMENTE VÁLIDOS. NECESSIDADE DO RECEBIMENTO DE ALIMENTOS PELA APELADA, EX-COMPANHEIRA DO ESPOSO DA RECORRENTE. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* ARBITRADO EM 30% (TRINTA POR CENTO) SOBRE OS RENDIMENTOS DO ALIMENTANTE. RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 24 de março de 2014.

RELATÓRIO

Cogita-se de Apelação manejada por M. E. D. M. B., adversando a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Caucaia que, nos autos de ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com alimentos e pleito de tutela antecipada, proposta por M. N. L. D. A. em desfavor da Apelante e de A. D. P. A. B., julgou procedente o pedido.

Na peça exordial (f. 02-05), a Autora argumenta que conviveu em união estável com A. D. P. A. B. por aproximadamente 8 (oito) anos, tempo durante o qual esteve ele separado de fato da sua esposa e que, com o passar do tempo, ele passou a apresentar problemas de saúde, tendo a sua esposa (Maria Edite de Morais Bezerra) se aproveitado dessa situação para, além de retirá-lo da sua companhia, requerer a sua interdição.

Demais disso, sustenta a Demandante que o relacionamento que tiveram sempre foi público e notório e que a súbita separação acarretou-lhe problemas financeiros, pois com ele dividia as suas despesas, tendo efetivamente existido união estável entre eles.

Postulou a Promovente, então, o reconhecimento da união estável, com a fixação (inclusive em sede de tutela antecipada) de alimentos, em seu benefício, em montante equivalente a 30% (trinta por cento) da renda de A. D. P. A. B.

O Juiz *a quo* deferiu o pleito antecipatório (f. 73).

Sentenciando o feito (f. 256-258), o Magistrado de 1º Grau julgou procedente o pedido, reconhecendo a existência de união estável entre A. D. P. A. B.e M. N. L. D. A. e tornando definitivos os alimentos a ela devidos, em quantia correspondente a 30% (trinta por cento) sobre os rendimentos dele.

Em suas razões recursais (f. 269-280), a Apelante aduz, em sinopse, que:

a) a Apelada, aproveitando-se da amizade que tinha com as irmãs de A. D. P. A. B., convidava-o para orgias, utilizando ardilosamente esses encontros com o objetivo de produzir prova para a suposta união estável;

b) A. D. P. A. B., durante o período em que a Recorrida afirma ter existido união estável entre eles, não tinha condições para manter relacionamento amoroso, haja vista ser portador do Mal de Alzheimer, enfermidade que foi devidamente comprovada por meio de laudo pericial elaborado na ação de interdição que findou por declarar a incapacidade civil dele.

Pugna a Recorrente, enfim, pelo provimento do recurso, para que, reformando-se a sentença vergastada, seja julgado improcedente o pedido inaugural.

Apesar de intimada, a Apelada não apresentou contrarrazões (f. 304-305 e f. 307).

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (parecer de f. 297-302, ratificado às f. 310-311).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso não merece provimento.

No que tange aos requisitos necessários para a configuração da união estável (que, é bom que se diga, encontra amparo no art. 226, § 3º, da Constituição Federal[1]), estabelece o art. 1.723 do Código Civil que, *in verbis*:

> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.
> § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.
> § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Acerca da união estável, Washington de Barros Monteiro, em livro atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva, ensina que:

> "A união não pode conservar-se em sigilo. O segredo tem como consequência o desconhecimento do fato e, posteriormente, a dificuldade de sua comprovação em juízo. Relações clandestinas, vedadas aos olhos da sociedade, não constituem união estável. Requer-se, por isso, notoriedade ou publicidade na ligação […]. A permanência estável da relação, sem interrupções, também é requisito da união estável, de modo que, embora a lei não estabeleça um prazo determinado de duração para sua configuração, é necessário que a convivência seja contínua e duradoura, como dispõe o art. 1.723, *caput*, do Código Civil de 2002. A capacidade civil é essencial à existência de união estável, sendo outro requisito para sua validade […]".
> (Washington de Barros Monteiro *in* Curso de Direito Civil: Direito de Família. 37. ed. revista e atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2. p. 33)

Sobre o assunto, colaciono os seguintes julgados:

> APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C

1 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[…]
§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

> PARTILHA DE BENS - RECONHECIMENTO - POSSIBILIDADE - REQUISITOS FÁTICO/LEGAIS - PROVAS DOCUMENTAIS E DEPOIMENTOS PESSOAIS - CONFIRMAÇÃO DO PERÍODO APONTADO. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §3º, reconhece a entidade familiar formada pela união estável entre homem e mulher, resguardando-lhe proteção jurídica. A garantia de incondicional tutela jurídica exige a reunião de requisitos legais, quais sejam: convivência contínua, pública, duradoura, com o objetivo de constituir família. […]
> (TJMG, Apelação Cível 5692620-70.2009.8.13.0024, Rel. Des. Armando Freire, 1ª Câmara Cível, julgamento em 14.05.2013, publicação em 23.05.2013)
> APELAÇÃO - UNIÃO ESTÁVEL - RECONHECIMENTO […] - É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, traduzida na convivência pública, notória, contínua, duradoura e firmada com o objetivo de constituição de família. […]
> (TJMG, Apelação Cível 2029939-96.2011.8.13.0024, Rel. Des. Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, julgamento em 14.05.2013, publicação em 17.05.2013)

No caso, verifico que há várias fotos tiradas entre 1998 e 2005 (f. 147-153) que confirmam a existência da união estável, existindo, outrossim, correspondência do ano de 2004 (f. 157) dirigida a A. D. P. A. B., no endereço da Recorrida, o que comprova que conviviam sob o mesmo teto.

Além disso, A. D. P. A. B. moveu, em 05 de setembro de 2003 (f. 185-187), ação de separação judicial litigiosa contra a Recorrente, havendo ele, ademais, ajuizado ação de busca e apreensão de veículo de propriedade sua, o qual estava na residência em que morava com a Apelante, tendo a magistrada presidente do feito deferido, em 25 de novembro de 2005 (f. 180-181), a liminar que fora por ele requestada, donde se pode concluir que, antes de 2003, já estavam separados de fato e não residiam na mesma casa.

A testemunha Verônica Maria Rodrigues de Sousa afirmou que: "sabe que ela [M. N. L. D. A.] viveu com o Sr. A. D. P. uns sete anos" (f. 129).

A testemunha Maria José Bezerra Leal asseverou que: "sabe que ela [M. N. L. D. A.] viveu com o Sr. A. D. P. uns oito anos, sabendo que o relacionamento começou em 1998" (f. 131).

Assim sendo, analisando o conjunto probatório, entendo que restou demonstrada a existência de união estável entre a Recorrida e A. D. P. A. B. de 1998 até 2005.

Argumenta a Apelante que, durante o período da suposta união estável, A. D. P. A. B. era absolutamente incapaz, na medida em que era portador do Mal de

Alzheimer, fato que, inclusive, foi constatado em ação de interdição que apontou a incapacidade civil dele, afigurando-se impossível, portanto, o reconhecimento da união.

Razão não lhe assiste.

A interdição de A. D. P. A. B. foi decretada em 12 de junho de 2008 (f. 142-143), cabendo salientar que a sentença de interdição é declaratória e gera efeitos unicamente a partir da sua prolação (*ex nunc*), importando ressaltar que os atos praticados antes dela podem ser anulados, desde que, em ação própria, seja comprovada a efetiva existência da incapacidade quando da realização do negócio pelo interdito.

Nesse diapasão, o entendimento doutrinário:

> "A decisão que decreta a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso (Cód. Civil de 2002, art. 1.773, e Cód. Proc. Civil, art. 1.184). Portanto, nulos serão todos os atos praticados pelo insano após a sua prolação, ainda que não intimadas as partes. Os atos anteriores à sentença declaratória são apenas anuláveis e só serão invalidados se se demonstrar em juízo, mediante ação própria, que foram praticados em estado de loucura". (Washington de Barros Monteiro *in* Curso de Direito Civil: Direito de Família. 37. ed. revista e atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2. p. 407)

> "O código processual deu evidente cunho declaratório à sentença de interdição que, ontologicamente, tem conteúdo constitutivo. Não pode a incapacidade firmada na sentença retroagir a período anterior. Os atos praticados pelo interdito são nulos *ex nunc*. Para os atos praticados anteriormente à sentença, deve ser proposta ação de nulidade dos negócios jurídicos praticados pelo agente incapacitado. Nessa situação, em prol dos contratantes de boa-fé, somente é de se anular o ato quando a anomalia mental ressalta evidente, saltando aos olhos do homem médio, sob pena de ser trazida insegurança às relações jurídicas. […] Desse modo, mostra-se inócua e ineficaz a menção de termo inicial da incapacidade na sentença de interdição, pois, por imposição legal, os efeitos da incapacidade ocorrem após essa decisão. Assim, nem mesmo para o momento da propositura da ação pode ser admitida retroação da incapacidade".
> (Sílvio de Salvo Venosa *in* Direito Civil: Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6. p. 458-459)

No mesmo sentido, os seguintes arestos:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERDIÇÃO - Sentença que produz efeitos *ex nunc* - Inteligência do artigo 1.773, do Código Civil - Possibilidade de anulação de atos anteriores à interdição por ação própria - Anulabilidade de atos anteriores que reclama análise da capacidade do agravante, caso a caso […]

> (TJSP, Agravo de Instrumento 0043193-51.2012.8.26.0000, Rel. Dr. Milton Paulo de Carvalho Filho (Juiz Substituto em 2º Grau), 4ª Câmara de Direito Privado, julgamento em 28.06.2012)
> […] EFEITOS DA INTERDIÇÃO […] É pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a eficácia da sentença de interdição é *ex nunc*, produzindo efeitos apenas a partir de sua prolação. […]
> (TJMG, Agravo de Instrumento 0793887-77.2011.8.13.0000, Rel. Des. Wander Marotta, 7ª Câmara Cível, julgamento em 03.04.2012, publicação em 13.04.2012)
> […] INCAPACIDADE - ÔNUS DA PROVA - SENTENÇA DE INTERDIÇÃO - EFEITOS […] A sentença de interdição é predominantemente declaratória e possui, em regra, efeito *ex nunc*. Contudo, é possível, a retroatividade de seus efeitos, em relação à anulação dos atos praticados antes da sua prolação, desde que ajuizada ação de invalidação e provada da existência da incapacidade quando da realização do ato. […]
> (TJMG, Apelação Cível 0993447-50.2006.8.13.0525, Rel. Desa. Evangelina Castilho Duarte, 14ª Câmara Cível, julgamento em 02.02.2012, publicação em 10.02.2012)

Dessa forma, os atos praticados após a interdição são nulos, mas os praticados antes dela são apenas anuláveis e, no caso dos autos, não restou caracterizada a absoluta incapacidade de A. D. P. A. B. para a constituição de união estável, a qual, por ter se dado entre os anos de 1998 e 2005, ocorreu em momento anterior ao decreto de interdição, o qual é datado de 12 de junho de 2008, cabendo salientar, por oportuno, que duas ações judiciais (separação judicial litigiosa e busca e apreensão) foram propostas por A. D. P. A. B. no período da união, o que afasta ainda mais a hipótese de incapacidade civil.

Superada a questão da união estável, a qual, conforme restou dito, efetivamente existiu, passo a examinar a matéria relativa aos alimentos.

Sobre o assunto, devem ser levadas em conta as disposições dos arts. 1.694 e 1.695 do Código Civil, *ipsis litteris*:

> Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.
> § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.
> § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

> Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Maria Helena Diniz, examinando os citados dispositivos, leciona que:

> "O dever de prestar alimentos fundamenta-se na solidariedade familiar, sendo uma obrigação personalíssima devida pelo alimentante em razão de parentesco que o liga ao alimentando, e no dever legal de assistência em relação a cônjuge ou companheiro necessitado. […] Imprescindível será que haja proporcionalidade na fixação dos alimentos entre as necessidades do alimentando e os recursos econômico-financeiros do alimentante, sendo que a equação desses dois fatores deverá ser feita, em cada caso concreto, levando-se em conta que a pensão alimentícia será concedida sempre *ad necessitatem*. […] O credor de alimentos só poderá exigi-los do devedor se, além de não possuir bens, estiver impossibilitado de prover, pelo seu trabalho, à própria subsistência, por estar, p. ex., doente, velho (Lei n. 10.741/2003), inválido, desempregado ou ser portador de deficiência mental. Só a prova do estado de penúria em que se encontra o autoriza a pleitear judicialmente alimentos".
> (Maria Helena Diniz *in* Código Civil Anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1198-1200)

A prova testemunhal é no sentido de que a autora, além de ter problemas de saúde, não exerce atividade remunerada, consoante se verifica por meio dos seguintes trechos de depoimentos colhidos em Juízo, *verbo ad verbum*:

> "[...] a autora [ora Apelada] atualmente não trabalha, não sabendo informar por qual motivo, sabendo que ela tem problema de saúde, pois sofre de depressão"
> (testemunha Verônica Maria Rodrigues de Sousa – f. 129).
> "[...] a autora [ora Recorrida] […] não trabalha desde antes de 1998 [ano em que teve início a união estável], não sabendo informar por qual motivo; [...] ela [a Apelada] tem problema de saúde, pois sofre de depressão e toma remédios controlados"
> (testemunha Maria José Bezerra Leal – f. 131).

Documentos firmados por médicos (atestado de f. 176 e declarações de f. 177-178) confirmam o que disseram as aludidas testemunhas, relativamente aos problemas de saúde da Recorrida.

Dessa forma, fica evidente que a Apelada, ex-companheira de A. D. P. A. B., necessita receber alimentos.

Acerca do tema, trago à baila o seguinte julgado:

> […] - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - […] REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL CONFIGURADOS - OBRIGAÇÃO ALIMENTAR - NECESSIDADE DA COMPANHEIRA DEMONSTRADA - […] - Os alimentos devidos à ex-companheira têm por pressuposto a sua impossibilidade de manterem o próprio sustento por seus bens ou seu trabalho. - Demonstrado que a autora, em razão da avançada idade e de problemas de saúde não tem condições de exercer atividade laborativa e que seus proventos de aposentadoria não são suficientes para suprir suas necessidades básicas, cabível a condenação do ex-companheiro ao pagamento de alimentos. […]
> (TJMG, Apelação Cível 4912759-47.2007.8.13.0024, Rel. Desa. Heloisa Combat, 4ª Câmara Cível, julgamento em 21.02.2013, publicação em 26.02.2013)

No que diz respeito ao *quantum* da pensão alimentícia, entendo que o percentual de 30% (trinta por cento) sobre os rendimentos de A. D. P. A. B., fixado pelo Juiz *a quo*, a título de alimentos em favor da Recorrida, afigura-se razoável, motivo pelo qual deve ser mantido.

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

Fortaleza, 24 de março de 2014.

PROCESSO Nº 0005891-76.2013.8.06.0107
APELAÇÃO DA COMARCA DE JAGUARIBE
APELANTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE
APELADA: CLEIDIANA OLIVEIRA ALVES
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL. CONSUMIDOR. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. VÍTIMA DO EVENTO DANOSO (BYSTANDER). CHOQUE ELÉTRICO. QUEIMADURAS. DANO MORAL. *IN RE IPSA*. DANO ESTÉTICO. COMPROVADO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE EXISTENTE ENTRE A CONDUTA OMISSIVA DA CONCESSIONÁRIA E OS DANOS SOFRIDOS PELA VÍTIMA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DO STJ E DO TJCE. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Sujeita-se à proteção do Código de Defesa do Consumidor, também aqueles que, embora não participem diretamente da relação de consumo, sejam vítimas do evento danoso (*bystanders*).

2. A jurisprudência do STJ possui entendimento pacífico no sentido de que a relação entre concessionária de serviço público e o usuário final, para o fornecimento de serviços públicos essenciais, tais como água e energia, é consumerista, sendo cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

3. Estabelece o Código Consumerista que a responsabilidade pelo fato do serviço prestado pelo fornecedor será objetiva, isto é, aferível independentemente da existência de culpa, cabendo-lhe reparar os danos causados aos consumidores.

4. No caso, o dano sofrido pela autora é incontroverso e decorreu do contato da base metálica que portava com o fio do poste de energia elétrica, servindo o seu corpo como condutor de eletricidade.

5. Sucede que a companhia energética demandada não se desincumbiu de afastar sua responsabilidade, nos termos do art. 14, § 3º, do CDC.
6. Com efeito, é evidente a conduta omissiva da apelante, frente a situação posta nos autos, quando poderia ter atuado de forma previdente, mirando evitar acidentes de tal monta.
7. Por tal motivo, não merece censura o julgado, haja vista a caracterização da responsabilidade civil da Coelce para com a vítima, que, no caso, em nada contribuiu para o desfecho trágico narrado.
8. Constatado o fato gerador, inegável é o dano moral, configurado *in re ipsa,* em face das circunstâncias do caso concreto, especialmente porque é presumida a dor sentida pela vítima, que passou por sérios transtornos de saúde, a ponto de ser hospitalizada e de não ter a garantia de voltar a exercer, tal como antes, o seu trabalho habitual.
9. Da mesma forma, resta claro o dano estético, sofrido pela apelada, visto ser pessoa jovem, de apenas 25 (vinte e cinco) anos de idade, e, por ser mulher, cuja vaidade natural conta com a sensação de bem-estar. Assim sendo, o dano referente a cicatrizes, marcas no corpo, certamente dificultará hábitos ordinários de sua vida, bem como repercutirá na exposição da sua imagem, o que caracteriza dano estético.
10. 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, para conhecer do Recurso de Apelação, negando-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 13 de outubro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pela COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE, contra sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca

de Jaguaribe, nos autos da Ação de Indenização nº 0005891-76.2013.8.06.0107/1, deduzida por CLEIDIANA OLIVEIRA ALVES, que julgou procedente, em parte, o pedido.

Na inicial, aduz a autora ter sofrido danos irreparáveis em seu corpo, em virtude de falha na prestação do serviço, pela companhia energética demandada. Conta que a concessionária de serviço público não cuidou em conservar a fiação elétrica próxima à varanda da casa em que prestava serviço, ocasionando-lhe grave dano estético, moral e material.

Afirma que a apelante foi alertada do perigo da situação, porém nada foi feito. Alega que o descuido da recorrente propiciou a ocorrência de grave acidente, tendo a recorrida sofrido lesões de queimaduras de 2º e 3º graus, a demandar necessidade de várias intervenções cirúrgicas reparadoras, inclusive para reconstituição com enxerto de pele, restando internada por meses no Hospital José Frota, em Fortaleza.

Pontua que o acidente deixou-lhe sequelas, não tendo previsão de quando poderá voltar a trabalhar, nem mesmo se poderá exercer seu trabalho habitual, além de ter sofrido danos estéticos incomensuráveis, na medida em que ficou com várias cicatrizes, que sempre marcarão seu corpo. Requer indenização no importe de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Após resposta da ré e tendo cabo a instrução processual, a magistrada condenou a apelante a pagar indenização de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de danos estéticos, e R$ 30.000,00 (trinta mil reais), pelos danos morais sofridos, denegando a condenação pelos danos materiais, conquanto não demonstrados.

Consignou a julgadora de piso que restaram sobejamente comprovados os requisitos necessários para a responsabilização (objetiva) da companhia energética à luz do Código de Defesa do Consumidor, porquanto evidente o nexo de causalidade entre o dano sofrido pela autora (queimaduras), diretamente advindo da conduta omissiva da concessionária de serviço público, por não ter conservado e disposto, adequadamente, a fiação elétrica do local do evento danoso.

Nas razões recursais, a apelante alega que não descumpriu as normas técnicas vigentes, a respeito da disposição do poste de energia elétrica, pelo qual passa a fiação que atingiu a vítima. Explica que a rede de distribuição projetada à época da construção do imóvel no qual se encontrava a recorrida, estava dentro dos padrões de distanciamento mínimo, relativamente ao afastamento vertical, único exigível. Porém, afirma que após alteração da respectiva edificação, por parte da proprietária do prédio, tais padrões foram infringidos, razão pela qual a proprietária do indigitado imóvel contribuiu para o evento danoso.

Aduz que prepostos da Coelce alertaram a proprietária dos riscos da proximidade da rede elétrica em apreço (rede de média tensão), tendo ela solicitado orçamento para o afastamento do poste em questão, porém, não autorizando a mudança, cuja despesa ficaria a seu cargo.

Afirma ser evidente a imprudência perpetrada pela proprietária do imóvel, ausente ato ilícito praticado pela apelante, elemento essencial para a plausibilidade do pleito indenizatório. Nesse contexto, assevera culpa exclusiva da vítima, fato que elide a responsabilidade da concessionária de energia elétrica, nos termos do inciso II, do § 3º, do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual requer a extinção do processo, sem resolução do mérito, ante a ilegitimidade passiva. Se não extinta a ação, aponta necessidade de litisconsórcio passivo, com o ingresso da proprietária do imóvel no qual ocorreu o evento danoso, sendo reformada a sentença. Por fim, alega a inexistência de danos morais e estéticos na apelada, porque não sofreu deformidade permanente.

Em sede de contrarrazões, a apelada corrobora a tese inicial, requerendo o improvimento do apelo.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade dos recursos, passo à análise das razões recursais.

De saída, afirmo que a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela apelante confunde-se com o mérito da questão, razão pela qual será analisada a seguir.

1. Delimitação da Controvérsia e da Legislação Aplicável

Cinge-se a presente lide a saber se a Coelce, concessionária de serviço público, é responsável pelos danos causados à apelada, vítima de queimaduras decorrentes do contato com fiação elétrica mantida pela referida empresa.

Não pairam dúvidas acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso telado, na medida em que a relação travada entre as partes subsume-se perfeitamente aos conceitos de consumidor (*bystander* ou por equiparação) e fornecedor, enunciados pelos arts. 2º, 3º e 17 daquele diploma legal, que prevê:

> Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
> […]
> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
> […]
> Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Assim, sujeita-se à proteção do Código de Defesa do Consumidor, também aqueles que, embora não participem diretamente da relação de consumo, sejam vítimas do evento danoso. Nesse passo, vislumbro a incoerência do pedido de litisconsórcio passivo necessário, sinalizado pela apelante, tendo em vista que além da vítima (consumidora por equiparação), a proprietária do imóvel em apreço também é consumidora (direta e final por ser usuária do serviço), motivo pelo qual não pode figurar no polo passivo da demanda.

Em complemento, a lei aponta que:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
> […]
> X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Nessa esteira, a jurisprudência do STJ possui entendimento pacífico no sentido de que a relação entre concessionária de serviço público e o usuário final, para o fornecimento de serviços essenciais, tais como água e energia, é consumerista, sendo cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ÁGUA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CDC. VIOLAÇÃO DO HIDRÔMETRO NÃO COMPROVADA. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1. "A jurisprudência desta Corte possui entendimento pacífico no sentido de que a relação entre concessionária de serviço público e o usuário final, para o fornecimento de serviços públicos essenciais, tais como água e energia, é consumerista, sendo cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor" (AgRg no AREsp 354.991/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 11/09/2013).

> 2. O Tribunal *a quo* entendeu que não houve violação no hidrômetro. Para afastar a conclusão adotada pelas instâncias ordinárias, necessária seria a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável ao Superior Tribunal de Justiça, diante do óbice contido no verbete sumular 7/STJ.
> 3. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no AREsp 372.327/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 18/06/2014)

Firmadas tais premissas, passo à análise do mérito recursal.

2. Responsabilidade da Coelce

Delimitada a relação jurídica entre as partes, estabelece o Código Consumerista que a responsabilidade pelo *fato do serviço* prestado pelo fornecedor será *objetiva*, isto é, aferível independentemente da existência de culpa, cabendo-lhe reparar os danos causados aos consumidores.

Eis a redação do dispositivo legal:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
> § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
> I – o modo de seu fornecimento;
> II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
> III – a época em que foi fornecido.
> § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

Noutro giro, a partir da leitura do § 6º, do art. 37, da CF/88, vislumbro objetiva a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, relativamente a usuários e não usuários do serviço. Precedente nesse sentido: RE 591874, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, Repercussão Geral – publicado em 18/12/2009.

A esse respeito, cito precedente deste Tribunal de Justiça, *verbis*:

> DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ART. 37, § 6º, DA CF/88. CHOQUE ELÉTRICO EM FIO DE ALTA TENSÃO.

> ACONTECIMENTO DANOSO PREVISÍVEL. CARACTERIZAÇÃO DE NEXO CAUSAL. DEVER DE INDENIZAR. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÕES CONHECIDAS E IMPROVIDAS.
> 1. As empresas concessionárias de serviços públicos são obrigadas a indenizar os danos causados à esfera juridicamente protegida dos particulares, sendo dispensada a comprovação da culpa;
> 2. O dever de indenizar origina-se da responsabilidade civil contratual;
> 3. Basta o autor demonstrar a existência do dano, para surgir o dever de reparar;
> 4. Teoria do risco administrativo. (Inteligência do art. 37, § 6º, da CF/88);
> 5. Pensionamento em favor da viúva e dos filhos do de cujus;
> 6. Sentença mantida.
> 7. Apelações conhecidas e improvidas.
> (Apelação Cível 54479592200080600011, Relator Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva, 4ª Câmara Cível, Registrado em 03/08/2009)

Assim, basta ao consumidor provar: ***i)*** a conduta, comissiva ou omissiva, do fornecedor, independentemente de cula ou dolo; ***ii)*** o dano sofrido pela vítima; e, ***iii)*** o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso.

In casu, extraio dos autos que Cleidiana Oliveira Alves, de 25 (vinte e cinco) anos de idade, prestava serviços de faxina, na residência de Eva Sônia Pereira de Araújo, quando, por desventura, encostou uma base metálica na fiação elétrica, de um poste de energia elétrica, fixado muito próximo do segundo pavimento da residência em que se encontrava, ocasionando-lhe danos corporais. Tal fato é incontroverso, alegado pela autora, e confirmado pelas testemunhas ouvidas em juízo.

Em razão do acidente, a recorrida ficou internada no Instituto José Frota, em Fortaleza, por mais de trinta dias, inclusive com retorno para averiguação de sua condição física, sendo submetida a dez sessões de balneoterapia e debridamento cirúrgico em áreas de tecido necrótico, além de ter sofrido enxerto de pele no abdômen e na coxa esquerda. Dessa forma, a apelada sofreu queimaduras de 2º e 3º graus, decorrentes de choque elétrico, no abdômen, dorso, braço direito, mão esquerda, tórax e coxa esquerda, afetando-lhe 15% (quinze por cento) da superfície corporal (fls. 12; 15; 20/21).

Assim, o dano sofrido pela autora é incontroverso e decorreu do contato da base metálica que portava com o fio do poste de energia elétrica, servindo o seu corpo como condutor de eletricidade.

A despeito da relação de causalidade entre o dano ocorrido e a conduta omissiva da Coelce, a responsabilidade do fornecedor não é *absoluta*, prevendo o legislador válvula de escape, nesses moldes:

> § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
> I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
> II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Isso posto, a *distribuição do ônus da prova*, em casos que tais, decorre da própria lei (*ope legis*) e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído pela norma.

Nesses casos, não há necessidade, sequer, de determinar o magistrado a inversão do ônus probatório a cargo do fornecedor de serviços, pois, como visto, é imposição *cogente* da própria lei.

Tal postura do legislador é inteiramente consentânea aos postulados normativos norteadores das relações de consumo, sendo um dos mais relevantes aquele que prenuncia a condição de *vulnerabilidade* do consumidor frente ao fornecedor de produto ou de serviço (art. 4º, I do CDC). Daí que, por se cuidar de fato do serviço (art. 14 do CDC), para que seja elidida a responsabilidade objetiva da apelante, caberia-lhe comprovar a *inexistência de defeito* no serviço prestado ou a *culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*

Nesse sentido, cito precedentes do STJ, *litteris*:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA OPE LEGIS. FORMA OBJETIVA. FATO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE.
> 1.- A Segunda Seção deste Tribunal, no julgamento do Resp 802.832/MG, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ de 21/09.2011, pacificou a jurisprudência desta Corte no sentido de que em demanda que trata da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), a inversão do ônus da prova decorre da lei.
> 2.- "Diferentemente do comando contido no art. 6º, inciso VIII, que prevê a inversão do ônus da prova "a critério do juiz", quando for verossímil a alegação ou hipossuficiente a parte, o § 3º, do art. 12, preestabelece – de forma objetiva e independentemente da manifestação do magistrado –, a distribuição da carga probatória em desfavor do fornecedor, que "só não será responsabilizado se provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III-a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro". É a diferenciação já clássica na doutrina e na jurisprudência entre a inversão *ope judicis* (art. 6º, inciso VIII, do CDC) e inversão ope legis (arts. 12, § 3º, e art. 14, § 3º, do CDC). Precedente da Segunda Seção." (REsp 1095271/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 05/03/2013).

3.- Em âmbito de recurso especial não há campo para se revisar entendimento assentado em provas, conforme está sedimentado no enunciado 7 da Súmula desta Corte.
4.- A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo.
5.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que, para o defeito na prestação do serviço – não entregou a documentação regular do veículo no momento da contratação –, foi fixado o valor de indenização de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de dano moral, consideradas as forças econômicas do autor da lesão.
6.- Agravo Regimental improvido.
(AgRg no AREsp 402.107/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013)

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.
I. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei (*'ope legis'*), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial (*'ope judicis'*), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).
II. Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC.
III. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.
IV. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão *'ope judicis'* ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).
V. Previsão nesse sentido do art. 262, § 1º, do Projeto de Código de Processo Civil.
VI. A inversão *'ope judicis'* do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.
VII. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.
(REsp 802.832/MG, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe de 21.09.2011)

Sucede que a companhia energética demandada não se desincumbiu de afastar sua responsabilidade, muito embora insista em afirmar culpa exclusiva da vítima.

Com efeito, evidencio com clareza solar a *conduta omissiva* da apelante, frente a situação posta nos autos, quando poderia ter atuado de forma previdente, mirando evitar acidentes de tal monta, e até outros, com prejuízo maior.

Afirmam as testemunhas da Coelce que a rede elétrica que passa pela rua do imóvel no qual ocorreu o acidente é antiga, remontando a meados dos anos 60, sendo que, nessa época, segundo pontuam, sequer havia imóveis no local

Ainda que a apelante afirme ser da responsabilidade do usuário solicitar o desvio da rede elétrica (com custos a cargo do consumidor), fato é que, segundo afirma o próprio responsável pela área de manutenção e distribuição da energia elétrica – a testemunha *Júlio César de Oliveira* –, a Coelce tem plano de inspeção, capaz de verificar as irregularidades existentes e saná-las, a bem da adequada prestação do serviço e segurança da coletividade, porém, segundo a testemunha a inspeção de cada residência torna-se inviável, dada a "falta de tempo" dos prepostos da concessionária, a demonstrar, no mínimo, inexistência de planejamento adequado e compromisso com os usuários do serviço.

No caso, sequer há prova da notificação (alegada pela Coelce) da proprietária do imóvel telado, onde ocorreu o acidente de consumo. E, ainda que houvesse, evidencia-se a inércia da concessionária, que, sabedora dos sérios riscos passíveis de acometer, principalmente, os moradores da residência em apreço (avisada pela usuária), deixou de tomar medidas as mais simples possíveis, como, por exemplo, isolar a fiação elétrica ou cobri-la com material não condutor de eletricidade. Nesse ponto, novamente *Júlio César de Oliveira* afirmou que a parte do fio, ligado ao poste de energia elétrica, tocado pela vítima, foi a fase do meio, que estava sem proteção. Segundo a testemunha, apenas a primeira fase estava coberta, a deduzir que a proteção existente antes do acidente não era suficiente para a segurança das pessoas.

Ainda nessa quadra, a testemunha *José Hermano dos Santos* informou que o padrão da fiação utilizada pela Coelce, atualmente, são cabos de alumínio nus, isto é, totalmente desprotegidos.

O art. 6º, da Lei nº 8.987/95, dispõe assim:

> Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

> § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.
> § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.
> § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:
> I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
> II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.
> Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:
> I – receber serviço adequado;
> II – receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;
> III – obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente.
> IV – levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;
> V – comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;
> VI – contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Nessa toada, competia mesmo à concessionária apelante tomar as medidas necessárias para prestar o serviço adequadamente, de modo a atender padrão mínimo de segurança aos usuários e não usuários do serviço, a fim de evitar danos.

Inerte a recorrente, constato falha na prestação do serviço ofertado, tangente à segurança, que não foi satisfatória, como prevista no art. 22, do Código de Defesa do Consumidor, que diz:

> Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.
>
> Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Como bem pontuado pela magistrada *a quo*, ***"a requerida agiu com culpa in vigilando, pois deveria ter fiscalizado, ininterruptamente, as instalações do serviço público por ela fornecido, tendo a obrigação de zelar pela perfeita manutenção de seus equipamentos e rede."*** (fls. 180/189)

Por tal motivo, não merece censura o julgado no que concerne à condenação da concessionária apelante, haja vista a caracterização da responsabilidade civil da Coelce para com a vítima, que, no caso, em nada contribuiu para o desfecho trágico narrado.

3. Dano Moral e Dano Estético

Em resumo, alega a apelante que não há fato gerador passível de indenização, seja a título de dano moral, porque inexistente prova do sofrimento da vítima, seja a título de dano estético, porquanto a apelada não sofreu nenhuma deformidade permanente.

Nas situações desse jaez, todavia, inegável é o dano moral, configurado *in re ipsa,* em face das circunstâncias do caso concreto, especialmente porque é *presumida* a dor sentida pela vítima, que passou por sérios transtornos de saúde, a ponto de ser hospitalizada e de não ter a garantia de voltar a exercer, tal como antes, o seu trabalho habitual.

Nesse aspecto o STJ decidiu que, *"quanto ao dano moral não há que se falar em prova, deve-se, sim, comprovar o fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado o fato, impõe-se a condenação "* (cf. AGA 356447-RJ, DJ 11.6.2001). Também nesse sentido: (AgRg no AREsp 513.872/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 25/06/2014).

Constatado o fato gerador (dano), pois, impõe-se a indenização, que, no caso, à vista dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e, atento à natureza jurídica da indenização, que deve constituir uma pena ao causador do dano e, concomitantemente, compensação à lesada, reputo-a condizente com a extensão do dano (art. 944, do Código Civil), fixada em R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Nesse sentido é a lição de Caio Mário da Silva Pereira (*in* Responsabilidade Civil, 4ª ed., 1993, p. 60), nos seguintes termos:

> "A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz,

> atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva."

Sergio Cavalieri Filho (na obra *Programa de Responsabilidade Civil*, 8ª ed., Editora Atlas S/A, 2009, p. 93), ao tratar do arbitramento do dano moral, assim se manifestou:

> "Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes."

Da mesma forma, resta claro o dano estético sofrido pela apelada, pelo qual a juíza *a quo* fixou indenização de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

A princípio, saliento que o dano estético figura como categoria autônoma em relação ao dano moral (Súmula 387/STJ), ficando caracterizado diante do efeito particular de deformidade corporal, a exemplo das cicatrizes existentes no corpo da vítima.

Vale lembrar que a apelada é jovem, de apenas 25 (vinte e cinco) anos de idade. Assim, posto encontrar-se em fase tão juvenil, e por ser mulher, cuja vaidade natural conta com a sensação de bem-estar, o dano referente a cicatrizes, marcas no corpo, certamente dificultará hábitos ordinários de sua vida como o simples ato de se vestir, bem como repercutirá na exposição da sua imagem, o que caracteriza dano estético.

Assim sendo, irreprochável a sentença, no ponto, a reconhecer os danos morais e estéticos sofridos pela apelada, sendo proporcionais os valores indenizatórios fixados pela magistrada de piso, que, diga-se de passagem, não foram impugnados pela apelante.

4. Dispositivo

Por todo o exposto, CONHEÇO do Recurso de Apelação, NEGANDO-LHE PROVIMENTO, devendo ser mantida incólume a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 13 de outubro de 2014.

PROCESSO Nº 693878-85.2000.8.06.0001/1 CONEXO COM O PROCESSO Nº 18004-70.2005.8.06.0001/1
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: FUAD RASSI ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
APELADA: CÉSAR WAGNER STUDART MONTENEGRO FILHO
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. DESCUMPRIMENTO PELO CONTRATADO. NÃO COMPROVADO. RESCISÃO CONTRATUAL. INDEFERIDA. LEVANTAMENTO DO VALOR DEVIDO. APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO OU DURANTE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA, SE FOR O CASO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A controvérsia centra-se no Contrato de Prestação de Serviços, no qual o contratante, ora recorrente, obrigou-se a pagar determinada remuneração, e o contratado, ora recorrido, a prestar-lhe serviços de assessoria.

2. As partes elegeram como principal obrigação do contratado a viabilização da captação do negócio que se concretizou, efetivamente, com a assinatura do Contrato Administrativo nº 13/2002/PROJU/CAGECE, firmado entre o apelante e a Cagece. Dessa forma, o recorrente obrigou-se, por livre disposição de vontade, a remunerar o recorrido, na forma das cláusulas terceira e quarta do contrato, desde que concretizado o referido Contrato Administrativo, ainda que houvesse o descumprimento, porventura, de outras obrigações constantes do instrumento contratual.

3. No âmbito da relação contratual, o que prevalece é a liberdade de contratar, como afirmação do princípio da *autonomia da vontade*. Assim, uma vez ajustada a avença, o objeto do contrato torna-se lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), em observância a outro importante princípio

informador dos contratos bilaterais, qual seja, o princípio da *obrigatoriedade entre as partes* ou da *força vinculativa*.

4. Nesse contexto, não merece apoio a tese defensiva (exceção do contrato não cumprido), albergada pela sociedade empresária recorrente, nem tampouco há razão jurídica para a rescisão contratual por ela pleiteada, dada a configuração de sua própria inadimplência, e não de falta do apelado.

5. Recurso de Apelação conhecido e provido, em parte, apenas para suspender o levantamento do dinheiro, em prol do apelado, até que ocorra o trânsito em julgado da decisão, ou que o determine o juízo competente, em eventual execução provisória, deduzida pelo recorrido.

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 dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 25 de agosto de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta por FUAD RASSI ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. contra sentença oriunda do Juízo da 30ª Vara Cível da comarca de Fortaleza, proferida nos autos da Ação de Obrigação de Fazer nº 693878-85.2000.8.06.0001/0 e da Ação de Rescisão Contratual nº 18004-70.2005.8.06.0001/0, nas quais litiga com CÉSAR WAGNER STUDART MONTENEGRO FILHO.

Na origem, César Wagner Studart Montenegro Filho intentou Ação de Obrigação de Fazer contra a pessoa jurídica Fuad Rassi Engenharia Indústria e Comércio Ltda., pretendendo o pagamento das prestações vencidas e vincendas, decorrentes do Contrato de Prestação de Serviços de Assessoria Comercial ajustado entre as partes, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Informa que o objeto do contrato engloba serviços de assessoria técnica e comercial, em geral, dentre outros serviços, detalhados na cláusula primeira do contrato,

cuja pactuação foi viabilizada pela contratação travada entre Fuad Rassi Engenharia Indústria e Comércio Ltda. e Companhia de Água e Esgoto do Ceará – Cagece, em janeiro de 2002.

Aduz que a avença contratual entre os litigantes foi firmada em janeiro de 2002, na mesma época do referido Contrato Administrativo, sendo que desde aquela data até o ajuizamento desta ação (julho de 2003) a pessoa jurídica acionada nada pagou pelos serviços prestados pelo demandante, razão pela qual cessou a prestação dos serviços em maio de 2002.

Afirma que a remuneração dos serviços prestados encontra-se estipulada nas cláusulas terceira e quarta do contrato telado, sendo de 4% (quatro por cento) do valor bruto de cada fatura efetivamente paga pela Cagece, durante a vigência do mencionado Contrato Administrativo. Assim, por força da cláusula quinta do contrato, que obriga a contratante a continuar a pagar as comissões acima estipuladas, devidas pela captação do negócio que se concretizou com a assinatura do Contrato Administrativo nº 13/2002/ PROJU/CAGECE, requer o cumprimento dos termos pactuados (fls. 02/11; 13/43 da Ação de Obrigação de Fazer).

De outro vértice, a pessoa jurídica demandada noticia que o valor do Contrato Administrativo foi drasticamente reduzido, unilateralmente, pela Administração Pública, sofrendo prejuízo econômico.

Além disso, alega que desde maio de 2002 o autor não presta os serviços contratados, mas que, ainda assim, pagou-lhe a quantia de R$ 33.992,16 (trinta e três mil novecentos e noventa e dois reais, dezesseis centavos), nada mais tendo a pagar (fls. 52/64; 80; 85 da Ação de Obrigação de Fazer). Por tal razão, requer a rescisão contratual, nos termos da primeira parte da cláusula quinta do pacto avençado, que prevê a possibilidade de rescisão do contrato, no caso de descumprimento da obrigação.

Quanto à alegação do autor de que a comissão estipulada em seu favor deverá ser paga, indiscriminadamente, independentemente de ter havido a rescisão contratual, afirma não poder prevalecer. Primeiro, porque referida cláusula é contraditória à cláusula quarta que autoriza o pagamento do contrato a partir da realização dos serviços, pelo contratado. Segundo, porque a resolução do contrato é forma extintiva do pacto outrora firmado, não podendo remanescer nenhum tipo de obrigação, sob pena de ferir a boa-fé contratual, que deve permear a relação obrigacional.

Nesse contexto, requer a rescisão contratual, com a extinção recíproca de obrigações, além da declaração da nulidade da cláusula quinta do contrato, na medida em que sujeita apenas uma das partes, na hipótese de rescisão contratual, a continuar obrigada (fls. 03/30 da Ação de Rescisão de Contrato).

Requisitada para prestar informações ao processo, a Cagece esclarece que até outubro de 2004 pagou R$ 5.241.292,68 (cinco milhões, duzentos e quarenta e um mil duzentos e noventa e dois reais, sessenta e oito centavos) ao contratado, restando a pagar R$ 1.220.641,42 (um milhão, duzentos e vinte mil seiscentos e quarenta e um reais, quarenta e dois centavos) por serviços executados, sendo de R$ 3.255.800,88 (três milhões, duzentos e cinquenta e cinco mil oitocentos reais, oitenta e oito centavos) o saldo do contrato (fl. 108 da Ação de Obrigação de Fazer).

Concedida a tutela antecipada em favor do autor, foi determinado o pagamento de R$ 258.477,36 (duzentos e cinquenta e oito mil quatrocentos e setenta e setenta e sete reais, trinta e seis centavos). Acontece que esse valor foi reajustado para R$ 200.808,46 (duzentos mil oitocentos e oito reais, quarenta e seis centavos), nos autos do Agravo de Instrumento nº 32305-25.2005.8.06.0000/0, conquanto a Relatora, à época a Desembargadora Maria Celeste Thomaz de Aragão, entendeu que a incidência da porcentagem avençada (4%) somente poderia recair sobre os valores efetivamente pagos pela Cagece à contratada, Fuad Rassi Engenharia Indústria e Comércio Ltda. (fls. 112/115; 156/164 da Ação de Obrigação de Fazer).

Nesses moldes, conforme se observa dos autos processuais, a Cagece passou a depositar, com regularidade, as importâncias pecuniárias relativas ao pagamento do Contrato Administrativo em voga, em conta judicial até o alcance da importância de R$ 200.808,46 (duzentos mil oitocentos e oito reais, quarenta e seis centavos) (fls. 179; 185; 157; 162 da Ação de Obrigação de Fazer).

Na sentença, o magistrado de piso pontua que a alteração unilateral do Contrato Administrativo não interfere no cumprimento da avença firmada entre os litigantes, sendo prevista na legislação de regência das licitações e contratos no âmbito da Administração Pública (Lei nº 8.666/993).

Sobreleva a pactuação entre as partes, entendendo justo o pagamento nos moldes em que estipulados nas citadas cláusulas terceira e quinta do contrato telado. Assim, julgou procedente o pedido autoral, condenando a sociedade acionada a pagar todos os valores dedutíveis da forma expressa no contrato firmado entre os litigantes, descontados os valores adimplidos, mais custas e honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa (fls. 175/191 da Ação de Obrigação de Fazer).

Rejeitados os Embargos Declaratórios, a sociedade demandada, irresignada, interpõe a presente Apelação, reafirmando que pagou ao autor a quantia de R$ 33.992,16 (trinta e três mil novecentos e noventa e dois reais, dezesseis centavos), tendo o contratado prestado seus serviços de forma incompleta, e apenas até maio de 2002.

Invoca em seu favor a aplicação do art. 476, do Código Civil, a afirmar que, nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, as partes são, ao mesmo tempo, credoras e devedoras, de sorte que, sendo o encargo de cada qual a ser prestado de forma simultânea, nenhuma delas poderá exigir da outra o cumprimento da avença sem antes ter cumprido a sua parte. Ademais, aponta a necessária observância da cláusula geral inculpida no art. 422, do Código Civil, que determina aos contratantes guardar, assim na conclusão, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Desta feita, tendo o recorrido prestado seus serviços somente até maio de 2002, e de forma incompleta, deve ser rescindido o pacto anteriormente firmado, sem prejuízo ao contratante, na forma da cláusula quinta do contrato.

Além disso, no caso de prevalecer a tese do recorrido, advoga a impossibilidade de levantamento da quantia estipulada na sentença, sem a devida caução, suficiente e idônea.

Requer a reforma da sentença para que seja julgado improcedente o pedido formulado pelo apelado na Ação de Obrigação de Fazer, e procedente o pedido da Ação de Rescisão Contratual (fls. 197/199; 201/211 da Ação de Obrigação de Fazer).

Em contrarrazões, o apelado reforça a tese recorrida, requerendo o improvimento do recurso (fls. 217/224 da Ação de Obrigação de Fazer).

É o relatório.

Incluídos em pauta para julgamento.

Fortaleza, 07 de agosto de 2014.

VOTO

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

In casu, está-se diante de um Contrato de Prestação de Serviços, no qual o contratante, ora recorrente, obrigou-se a pagar determinada remuneração, e o contratado, ora recorrido, a prestar-lhe serviços de assessoria. Tecnicamente, pois, verifico que se cuida de contrato *bilateral ou sinalagmático*, em que cada um dos contratantes é reciprocamente credor e devedor um do outro; *oneroso*, pois traz vantagens para os contratantes; e *comutativo*, ante a equivalência de prestações.

Eis as obrigações travadas:

CLÁUSULA PRIMEIRA: OBJETO

O presente Contrato tem por objetivo a prestação, pela CONTRATADA, de serviços de assessoria comercial para a licitação de Concorrência Pública nº. 084/2001, promovida pela Cagece – Cia. de Água e Esgoto do Estado do Ceará, que tem como objetivo a execução de serviços de Locação, Construção e Instalação de poços tubulares em localidades do Estado do Ceará. Estes serviços incluem:
1 – Assessoria técnica na fase de elaboração do edital;
2 – Assessoria comercial na fase de elaboração da proposta;
3 – Acompanhamento da licitação;
4 – Acompanhamento na fase de assinatura do contrato;
5 – Apoio na instalação da filial Fortaleza/CE;
6 – Assessoria e apoio na negociação com o(s) município(s) na solicitação de redução de ISS e outros impostos municipais;
7 – Desenvolvimento de ações visando o recebimento de faturas seja na Cagece, Secretaria de Planejamento, Secretaria de Infraestrutura e Secretaria da Fazenda;
8 – Participação de reuniões junto à Cagece com Diretoria e órgãos de fiscalização do Contrato;
9 – Assessoria e apoio junto a Órgãos de licenciamento ambiental;
10 – Representação junto a qualquer Órgão Federal, Estadual e Municipal referente a assuntos afetos ao contrato resultante do edital citado acima.
[…]

CLÁUSULA TERCEIRA: REMUNERAÇÃO E VALOR

A remuneração dos serviços do CONTRATADO será de 4% (quatro por cento) do valor bruto de cada fatura efetivamente paga pela Cagece em decorrência de contrato a ser assinado resultante da Concorrência Pública nº 84/2001 – Cagece.

Sob a alegação de que a recorrente não teria pago o preço dos serviços prestados, o recorrido postula, na inicial, o pagamento integral do contrato, nos termos das cláusulas segunda e quinta insertas em seu bojo, que proclamam:

CLÁUSULA SEGUNDA: VIGÊNCIA

O presente Contrato vigorará por prazo indeterminado, podendo ser rescindido a qualquer tempo por qualquer das partes, mediante aviso prévio de trinta dias de uma parte a outra. No caso de rescisão pela contratante, esta deverá efetuar todos os pagamentos de comissões ao CONTRATADO referente ao Contrato com a Cagece referente aos serviços a serem executados.
[...]

CLÁUSULA QUINTA: RESCISÃO

O presente Contrato poderá ser rescindido pela CONTRATANTE ou pelo CONTRATADO, em caso de descumprimento de qualquer de suas cláusulas firmadas. No caso de rescisão, por qualquer motivo, a CONTRATANTE se obriga a continuar pagando as comissões ao CONTRATADO, visto que a comissão prevista na Cláusula Terceira é devida pela captação do negócio que se concretiza com a assinatura do contrato FUAD RASSI e CAGECE**.**

Vê-se, pois, que, inobstante a pactuação de outras obrigações constantes da cláusula primeira do contrato, as partes elegeram como principal obrigação do contratado a viabilização da *captação do negócio* que se concretizou, efetivamente, com a assinatura do Contrato Administrativo nº 13/2002/PROJU/CAGECE, firmado entre o contratante e a Cagece (fls. 17/43). Dessa forma, o apelante obrigou-se, por *livre disposição de vontade*, a remunerar o apelado, na forma das cláusulas terceira e quarta do contrato, desde que concretizado o referido Contrato Administrativo, ainda que houvesse o descumprimento, porventura, de outras obrigações constantes do instrumento contratual.

No âmbito da relação contratual, o que prevalece é a liberdade de contratar, como afirmação do princípio da *autonomia da vontade*. Essa liberdade encontra-se disposta no art. 421, do Código Civil, que assenta: *"A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."* E, ainda, no art. 425, do mesmo diploma legal, que diz: *"É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código."*

Assim, uma vez ajustada a avença, o objeto do contrato torna-se lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), em observância a outro importante princípio informador dos contratos bilaterais, qual seja, o princípio da *obrigatoriedade entre as partes* ou da *força vinculativa*.

Inobstante a possibilidade de relativização dos contratos, à luz dos princípios da boa-fé, da função social e da equivalência, que vieram a se concretizar com maior vigor, após o advento do Novo Código Civil, o caso telado não aponta nenhum indício de desequilíbrio entre as partes, capaz de suavizar a força obrigatória do pacto avençado.

Pelo contrário, o que percebo é a tentativa da pessoa jurídica apelante de se afastar do compromisso firmado, relativamente à remuneração avençada, motivada, principalmente, pela redução do valor do Contrato Administrativo nº 13/2002/PROJU/CAGECE. Com efeito, o valor daquele contrato sofreu redução unilateral, por parte

da Administração Pública (fl. 80), porém, tal fato em nada influencia a validade e os efeitos do contrato telado, visto que a remuneração do apelado é proporcional às faturas efetivamente pagas pela Cagece, na vigência do multicitado Contrato Administrativo. Portanto, é inteiramente irrelevante o valor deste contrato, frente à forma de remuneração pactuada entre os litigantes.

No cenário das relações contratuais, a boa-fé figura como verdadeiro princípio vetor, a afirmar que todos os contratantes devem se comportar com lealdade frente às obrigações pactuadas, em busca de um padrão *ético* de conduta, indispensável ao bom convívio social. Nesse sentido, proclama o art. 113, do Código Civil: *"Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração."*

Dessarte, se o recorrente prestou serviços de assessoria técnica e comercial à apelante, envidando esforços para a concretização do Contrato Administrativo nº 13/2002/PROJU/CAGECE, em prol da recorrente, não pode esta, após usufruir os bônus advindos daquela contratação, afastar-se do acordo, a prejudicar o apelado, que, até então, apenas recebeu a quantia de R$ 33.992,16 (trinta e três mil novecentos e noventa e dois reais, dezesseis centavos) (fl. 85).

Ressurte-se do Contrato de Prestação de Serviços de Assessoria Comercial, firmado entre as partes, que a prestação dos serviços, pelo apelado, teve início mesmo antes da contratação administrativa, porque, verdadeiramente, esta contratação era o objeto principal do pacto, tanto que a cláusula primeira do Contrato de Prestação de Serviços estipula várias atividades a cargo do contratado, em prol do êxito da contratação administrativa, inclusive, subordinando a remuneração do recorrido à concretização do Contrato Administrativo, quando acordam que a remuneração estipulada decorrerá de *"...Contrato Administrativo a ser assinado, resultante da Concorrência Pública nº. 084/2001 – Cagece."* (cláusula terceira).

Nesse contexto, a considerar que até outubro de 2004, a Cagece já havia pago à apelante a quantia de R$ 5.241.292,68 (cinco milhões, duzentos e quarenta e um mil duzentos e noventa e dois reais, sessenta e oito centavos), sendo que o apelado recebera apenas R$ 33.992,16 (trinta e três mil novecentos e noventa e dois reais, dezesseis centavos), fl. 108, é de se ver que o recorrido não se encontrava em mora, até porque a recorrente não comprovou a inadimplência do contratado (art. 333, II, do CPC), limitando-se a afirmar que ele havia suspendido a prestação de serviços em maio de 2002, razão da inadimplência do apelante (exceção do contrato não cumprido).

O art. 476, do Código Civil, dispõe que: *"Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro"*.

Com efeito, somente ocorrendo o descumprimento da obrigação de uma das partes, pode a outra deixar de cumprir sua parcela na obrigação, porque, em tese, poderá não receber o que lhe seria devido. Porém, não há como extrair dos autos a alegada inadimplência (injustificada) do apelado, mas, pelo contrário, mostra-se evidente a mora da apelante.

Por tais razões, não merece apoio a tese defensiva (exceção do contrato não cumprido), albergada pela sociedade empresária recorrente, nem tampouco há razão jurídica para a rescisão contratual por ela pleiteada, dada a configuração de sua própria inadimplência, e não de falta do recorrido.

No que tange à possibilidade de estipulação de caução suficiente e idônea, pelo apelado, a fim de levantar a quantia pecuniária a que faz jus, ficará a cargo do juízo da execução provisória, se for o caso, nos termos do art. 475-O, inciso III, do Código de Processo Civil, que disciplina assim:

> [1]**Art. 475-O.** A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:
> [2] **I** – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;
> **II** – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;
> **III** – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano

1 Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
[…]
II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
III - quando, por não promover os atos e diligências que Ihe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
[…]
§ 1º O juiz ordenará, nos casos dos ns. II e Ill, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas.

2 Art. 6º. O pedido, quando formulado no curso da ação, não a suspenderá, podendo o juiz, em face das provas, conceder ou denegar de plano o benefício de assistência. A petição, neste caso, será autuada em separado, apensando-se os respectivos autos aos da causa principal, depois de resolvido o incidente.
Art. 7º. A parte contrária poderá, em qualquer fase da lide, requerer a revogação dos benefícios de assistência, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão.
Parágrafo único. Tal requerimento não suspenderá o curso da ação e se processará pela forma estabelecida no final do artigo 6º. desta Lei.

> ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

Dessa forma, reformo, no ponto, a sentença recorrida, apenas para estabelecer, nos termos da lei processual civil, que a caução suficiente e idônea, em prol da devedora, ora apelante, ficará a cargo do juízo competente (primeiro grau de jurisdição), no caso de o apelado requerer a execução provisória do julgado, antes, portanto, do trânsito em julgado.

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso de Apelação, DANDO-LHE PARCIAL PROVIMENTO, apenas para suspender o levantamento do dinheiro, em prol do apelado, até que ocorra o trânsito em julgado da decisão, ou que o determine o juízo competente, em eventual execução provisória, deduzida pelo recorrido.

No mais, deverá permanecer incólume a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 25 de agosto de 2014.

APELAÇÃO CÍVEL N. 724844-31.2000.8.06.0001/1 DE FORTALEZA
APELANTE: JEAN LOUIS ZINGONE
APELADA: DIONE ELIZABETH DE MAGALHÃES BANHOS
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RECONVENÇÃO. PAGAMENTO DAS CUSTAS. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. GRATUIDADE JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO NÃO REALIZADA DE FORMA CORRETA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA. AÇÃO CRIMINAL. ARQUIVAMENTO QUE NÃO IMPEDE O PROSSEGUIMENTO DE AÇÃO REPARATÓRIA. DISCUSSÃO ENTRE AS PARTES. OFENSAS MÚTUAS. IMPOSSIBILIDADE DE SE DEFINIR QUEM DEU CAUSA À BRIGA. PEDIDOS DA AÇÃO E DA RECONVENÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas, o mero atraso no pagamento das custas da reconvenção não tem o condão de impedir o seu processamento, pois o recolhimento delas comprova o interesse do reconvinte no prosseguimento da ação reconvencional.

2. Havendo sido determinada, pelo Tribunal, a produção da prova testemunhal requerida, a alegação do Apelante de cerceamento de defesa restou esvaziada.

3. A concessão da justiça gratuita deve ser impugnada por meio do incidente apropriado, não se podendo fazê-lo em sede de apelação, o que impede o exame da controvérsia.

4. O simples arquivamento de ação criminal, por desistência da Apelada, não obsta o prosseguimento de ação de indenização por ela ajuizada contra o Apelante.

5. Considerando que, pelas provas produzidas, não se pode afirmar com segurança quem provocou o tumulto, é de

se concluir que os insultos foram recíprocos e sem origem claramente definida, situação que não enseja o recebimento, por nenhuma das partes, de indenização por danos materiais (os quais, inclusive, não foram especificados nem comprovados pelos querelantes) ou morais, de modo que devem ser julgados improcedentes o pedido da ação e também o pedido da reconvenção.
6. Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação manejada por Jean Louis Zingone, adversando a sentença proferida pelo Juízo da 24ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação de indenização por danos materiais e morais proposta em seu desfavor por Dione Elizabeth de Magalhães Banhos, julgou procedente o pedido inicial e improcedente o pedido constante da reconvenção ajuizada pelo Apelante.

Na peça exordial (f. 02-13), a Autora alega que, em 21 de agosto de 2003, foi à loja Top Girl, localizada no Shopping Aldeota, em Fortaleza, e na qual sempre fazia compras, objetivando negociar dívida em aberto.

Sustenta a Demandante, além disso, que, mediante acordo feito com o Demandado, proprietário do referido estabelecimento, restou acertado que algumas roupas por ela compradas e não usadas (ainda com as etiquetas) seriam devolvidas à aludida loja, abatendo-se do débito o valor correspondente às peças restituídas, ocasião em que os cheques emitidos pela Promovente seriam a ela devolvidos, renegociando-se o pagamento do restante da dívida.

A Requerente afirma, ainda, que, ao chegar ao estabelecimento, a mulher do Promovido tomou-lhe as sacolas com as roupas e não devolveu os seus cheques e,

ademais, o Requerido passou a agredi-la com palavras grosseiras e também com socos e pontapés, arrastando-a pelos cabelos por entre os corredores do Shopping Aldeota.

Argumentando que, além das lesões corporais e da humilhação pública (precisando, inclusive, de acompanhamento psicológico e de remédios controlados), teve o seu nome inscrito em lista de inadimplentes, postulou a Autora o recebimento de indenização por danos materiais no valor de R$ 1.343,03 (mil trezentos e quarenta e três reais e três centavos), referente às despesas com psicoterapeutas e com medicamentos, e indenização por danos morais em montante equivalente a R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Em reconvenção (f. 32-37), o Demandado/Reconvinte alegou que a Demandante/Reconvinda pagou as compras com cheques que foram devolvidos por ausência de fundos e que, insatisfeita com as cobranças que lhe foram feitas, foi à loja Top Girl devolver as roupas, ocasião em que proferiu vários impropérios contra o Promovido/Reconvinte e contra a sua mulher, havendo a Promovente/Reconvinda, demais disso, quebrado cabides e derrubado roupas do mencionado estabelecimento, pleiteando, então, a condenação dela ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Sentenciando o feito de forma antecipada (f. 120-124), o Juiz *a quo* julgou procedente o pedido prefacial, condenando o Requerido a pagar à Requerente, a título de indenização por danos materiais, a quantia de R$ 1.343,03 (mil trezentos e quarenta e três reais e três centavos) e, a título de indenização por danos morais, o montante de R$ 100.000,00 (cem mil reais), além das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais foram arbitrados em 15 (quinze por cento) sobre o valor da condenação, havendo o Magistrado de 1º Grau, além disso, julgado improcedente a reconvenção e condenado o Demandado/Reconvinte a pagar as custas processuais e a verba honorária, a qual foi fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à reconvenção.

Embargos de declaração opostos pelo Promovido foram rejeitados pelo Juiz *a quo* (f. 126-134 e f. 135-138).

Em suas razões recursais (f. 140-159), o Apelante aduz, em sinopse, que:

a) houve cerceamento de sua defesa, na medida em que não ocorreu dilação probatória, indispensável para o esclarecimento das questões discutidas nos autos;

b) a Apelada, tomada de fúria, quebrou cabides e derrubou roupas da loja, desferindo várias ofensas verbais contra ele e contra a sua mulher, mas, como experiente policial federal francês aposentado que é, apenas imobilizou a Recorrida, conduzindo-a para fora do estabelecimento;

c) ação criminal movida contra si pela Apelada e que tramitou na 12ª Unidade do Juizado Especial Cível e Criminal de Fortaleza foi arquivada por desistência

dela, de modo que a sua raiva passou, o que enseja a improcedência do pedido de indenização por danos materiais e morais;

d) ainda que se entenda pela sua condenação, deve ser reduzido o *quantum* indenizatório de R$ 100.000,00 (cem mil reais), fixado pelo Juiz *a quo*, a título de reparação por danos morais;

e) os alegados danos materiais não foram comprovados, de forma que o pleito de indenização a eles relativo deve ser julgado improcedente;

f) a gratuidade judicial foi indevidamente concedida à Recorrida, pois ela é servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e vive na companhia do pai, desembargador aposentado do TJCE;

g) a Apelada causou-lhe danos materiais e morais, motivo pelo qual a sua reconvenção deve ser julgada procedente.

Pugna o Recorrente, enfim, pelo provimento do recurso, anulando-se ou reformando-se a sentença fustigada.

Em suas contrarrazões (f. 164-167), a Recorrida requer o improvimento do apelo, com a consequente manutenção da sentença atacada, asseverando que:

a) a reconvenção deve ser desconsiderada, por não terem sido as custas pagas no prazo de 30 (trinta) dias, a teor do que dispõe o art. 257 do CPC;

b) tudo o que se refere a nulidades deveria ter sido alegado na primeira oportunidade (embargos de declaração);

c) a prova dos autos dispensa dilação probatória.

O Des. Ernani Barreira Porto, então Relator, determinou, de ofício, o retorno dos autos ao Juízo de origem para que fossem ouvidas as testemunhas de ambas as partes (decisão de f. 173-174).

Depoimentos testemunhais às f. 196-200 e às f. 304-306v.

Inicialmente distribuídos ao Des. Ernani Barreira Porto em 22.04.2005 (f. 171), os autos passaram pelas relatorias do Des. Celso Albuquerque Macêdo e do Des. Francisco Gladyson Pontes, havendo sido a mim redistribuídos, por prevenção, em 30.08.2011 (f. 326).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso comporta apenas parcial provimento.

A Apelada, em sua contraminuta, afirma que:

a) nos termos do art. 257 do CPC, a reconvenção deve ser desconsiderada, vez que as custas foram pagas mais de 30 (trinta) dias depois do seu oferecimento;

b) as nulidades apontadas pelo Apelante deveriam ter sido alegadas na primeira oportunidade (embargos de declaração);

c) a prova dos autos dispensa dilação probatória.

Razão não lhe assiste.

O cancelamento da distribuição feito com base no referido dispositivo depende da intimação da parte, para que supra a falta no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, nos moldes do art. 267, § 1º, do CPC.

Além disso, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas, o mero atraso no pagamento das custas da reconvenção não tem o condão de impedir o seu processamento, pois o recolhimento delas comprova o interesse do reconvinte no prosseguimento da ação reconvencional.

Nesse diapasão, o seguinte julgado:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECONVENÇÃO. CANCELAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO. RECOLHIMENTO DAS CUSTAS. INTIMAÇÃO PESSOAL. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. "Assentou a Corte que o 'cancelamento com base no art. 257 do CPC depende de intimação da parte, na forma do art. 267, § 1º do mesmo Código." - Por força do princípio da instrumentalidade das formas, a distribuição não deve ser cancelada se o reconvinte, embora com atraso, promove o recolhimento das custas comprovando seu interesse no prosseguimento da causa.
> (TJMG, Agravo de Instrumento 0217586-78.2013.8.13.0000, Rel. Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, julgamento em 07.08.2013, publicação em 14.08.2013)

Ademais, saliento que a alegação de cerceamento de defesa, feita pelo Recorrente, deve ser adequadamente examinada, haja vista a elevada importância do princípio constitucional da ampla defesa, cabendo salientar que, diferentemente do que afirma a Recorrida, a matéria foi amplamente arguida no bojo dos embargos de declaração (f. 126-134) opostos pelo Apelante contra a sentença vergastada, sendo certo que a necessidade, ou não, de dilação probatória será examinada mais adiante, em conjunto com o apontado cerceamento de defesa.

Passo a examinar as razões recursais.

Sustenta o Recorrente que houve cerceamento de sua defesa, haja vista que não ocorreu a instrução probatória, necessária ao esclarecimento das questão debatidas nos autos.

O argumento não merece guarida.

No que tange ao julgamento antecipado do processo, o art. 330, I, do CPC estabelece que o juiz "conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência".

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

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

Acrescento, ainda, que, por ser o juiz o destinatário da prova, a ele cabe decidir quais elementos de prova são necessários à formação do seu livre convencimento motivado.

Sobre o tema, já decidiu o STJ que "o julgamento antecipado da lide, por si só, não caracteriza cerceamento de defesa, já que cabe ao magistrado apreciar livremente as provas dos autos, indeferindo aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias" (STJ, AgRg no AREsp 177490/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 29.06.2012).

Ademais, é importante ressaltar que o Des. Ernani Barreira Porto, então Relator, determinou, de ofício, o retorno dos autos ao Juízo de origem para que fossem ouvidas as testemunhas de ambas as partes, providência levada a efeito pelo Magistrado de 1º Grau, de forma que, tendo sido produzida a prova testemunhal pleiteada pelo Recorrente, a sua alegação de cerceamento de defesa restou esvaziada.

Alega o Apelante, demais disso, que a gratuidade judicial não poderia ter sido concedida à Apelada, vez que ela é servidora deste Tribunal e vive com o seu pai, desembargador aposentado desta Corte.

A matéria não deve ser analisada, consoante se verá adiante.

A Lei 1.060/50, que trata sobre a justiça gratuita, estabelece, em seus arts. 6º e 7º□, que a concessão da gratuidade judicial poderá ser questionada através de incidente próprio denominado impugnação à justiça gratuita, o qual será autuado em apartado aos autos da ação principal.

Acerca do assunto, colaciono o seguinte aresto:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - IMPUGNAÇÃO - INCIDENTE PRÓPRIO - RECURSO NÃO CONHECIDO. Pretendendo a parte a revogação da justiça gratuita concedida ao *ex adverso*, cumpre a ela deduzir a pretensão em incidente próprio, denominado impugnação ao pedido de assistência judiciária, o qual será autuado em apartado aos autos da ação principal.
> (TJMG, Agravo de Instrumento 0450884-77.2013.8.13.0000, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, 18ª Câmara Cível, julgamento em 27.08.2013, publicação em 29.08.2013)

No caso dos autos, o Recorrente não impugnou adequadamente a concessão da justiça gratuita, por meio do incidente apropriado, não podendo fazê-lo em sede de apelação, o que impede o exame da controvérsia.

Além disso, sustenta o Apelante que ação criminal movida contra si pela Recorrida foi arquivada por desistência dela, o que enseja a improcedência dos pedidos de indenização por danos materiais e morais.

Razão não lhe assiste.

O art. 935 do Código Civil dispõe que "a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal", tendo já decidido o STJ que "somente na hipótese de a sentença penal absolutória fundamentar-se na inexistência do fato ou na negativa de autoria está impedida a discussão no juízo cível" (STJ, REsp 1164236/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 28.02.2013).

Na hipótese, o juízo criminal não proclamou a inexistência do fato nem negou eventual autoria, de tal sorte que, dada a independência entre as instâncias civil e penal, o simples arquivamento de ação criminal, por desistência da Apelada, não obsta o prosseguimento de ação de indenização por ela ajuizada contra o Recorrente.

No que tange aos alegados danos materiais e morais, há que se analisar a desavença que houve entre as partes.

Verifico que a prova testemunhal não deixa claro se foi a Recorrida ou o Apelante que verdadeiramente deu causa à confusão, existindo frontal divergência, no que se refere ao causador da briga, entre os depoimentos das testemunhas arroladas por uma parte e por outra, tendo havido, ao que tudo indica, ofensas mútuas entre as partes, causadas por evidente exasperação.

Por oportuno, transcrevo trechos dos depoimentos:

a) Raimunda Nobre da Silva: "no dia 21.08.03, em torno de 11 horas, […]

ouviu gritos, partidos da loja que fica em frente a em que trabalha a depoente, sendo tais gritos de socorro, e quem o pedia era a autora [ora Apelada], enquanto que o requerido [ora Recorrente] gritava chamando esta de ladra e vagabunda, arrastando-a pelos cabelos e dando-lhe pontapés" (f. 196);

b) Maria Elineude Rodrigues Xavier: "viu quando o requerido [ora Apelante] saiu de sua loja arrastando a autora [ora Recorrida] pelos cabelos, jogando-a ao chão, usando diversos palavrões, chamando-a de ladrona, e dizendo mais, que a autora queria roubá-lo" (f. 199);

c) Márcia Maria Palhano Melo: "estava em uma loja de confecção feminina localizada no shopping Aldeota, de onde já era cliente, denominada Top Girl, quando ouviu uma senhora [ora Apelada] falando alto e chamando pelo nome de Jean Louis [ora Recorrente]; ouviu quando citada cliente [ora Recorrida] passou a chamar a proprietária da loja [esposa do Apelante] de 'prostituta e vagabunda', e que a mesma era acostumada a 'rodar a bolsinha na França'" (f. 304);

d) Maria Amerciana Martins de Oliveira: "presenciou uma grande altercação e ao mesmo tempo verificou que a loja estava completamente desorganizada; presenciou naquela ocasião o requerido Jean Louis [ora Recorrente] tentando colocar para fora da loja a senhora Dione [ora Apelada]; referida senhora falava aos gritos, chamando [o ora Apelante] de 'gigolô', desonesto e que era mandado pela esposa, a qual na ocasião era tratada por prostituta; o requerido [ora Recorrente] puxava a requerente [ora Recorrida] pelo braço e argumentava que a mesma saísse da loja; em seguida, chegaram os seguranças do shopping e retiraram a senhora Dione" (f. 305);

e) Waliria Maria Macedo Monteiro: "ouviu a Dione [ora Apelada] falando alto, e chamando o requerido [ora Recorrente] de 'gigolô e ladão' (sic), oportunidade em que o requerido retorquiu dizendo ladra era ela, Dione; o requerido pegou no braço da requerente para que a mesma saísse da sua loja e esta se apoiou em uns cabides com roupa, ditos cabides caíram ao chão, juntamente com a mercadoria; em seguida os seguranças chegaram ao local e convidaram a requerente a dali sair; a confusão se iniciou por conta do chamado da requerente [ora Recorrida] pela senhora Beatriz [esposa do Apelante] para prestar conta de mercadorias que havia comprado com cheques os quais foram devolvidos por insuficiência de fundos; naquele dia a requerente chegou a levar mercadorias adquiridas em outra loja para devolver na loja Top Girl [do Recorrente]" (f. 306).

Além disso, o exame de corpo de delito realizado pela Apelada (f. 19), por si só, não comprova que as lesões físicas (equimose e escoriação) foram causadas pelo Apelante, devendo ser destacado, ainda, que o boletim de ocorrência de f. 22 e o atestado

médico de f. 23-24, por terem sido produzidos de forma unilateral, não possuem efetivo valor probatório.

Desse modo, considerando que não se pode afirmar com segurança quem provocou o tumulto, é de se concluir que os insultos foram recíprocos e sem origem claramente definida, situação que não enseja o recebimento, por nenhuma das partes, de indenização por danos materiais ou morais, de forma que devem ser julgados improcedentes o pedido da ação e também o pedido da reconvenção.

A propósito da matéria, trago à baila os seguintes julgados:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - AGRESSÃO VERBAL E FÍSICA - BOLETIM DE OCORRÊNCIA - PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE - DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS QUE SE REVELAM CONTRADITÓRIOS - OCORRÊNCIA DE OFENSAS MÚTUAS E RECÍPROCAS - ABALO MORAL - NÃO VERIFICAÇÃO - AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL ELENCADOS NO ART. 186 DO CPC - É da dicção do art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil que incumbe ao autor o ônus da prova acerca dos fatos constitutivos de seu direito. O Boletim de Ocorrência tem presunção de veracidade relativa, podendo ser desconstituído por outras provas. Não há que se cogitar em responsabilidade civil por ato ilícito e reparação de danos sem comprovação dos requisitos insculpidos no art. 186 do atual Código Civil. Recurso improvido.
> (TJMG, Apelação Cível 0246610-26.2009.8.13.0572, Rel. Des. Domingos Coelho, 12ª Câmara Cível, julgamento em 06.03.2013, publicação em 18.03.2013)

> INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. OFENSAS RECÍPROCAS. MERO ABORRECIMENTO. - O direito a compensação econômica não resulta da intolerância e do desrespeito mútuo. Não basta o simples pronunciamento de expressões pejorativas a amparar o pedido indenizatório, especialmente quando se identifica o ânimo exaltado de ambas as partes. Em casos tais, deve-se ter prudência na sua análise, a fim de não se estimular a "indústria do dano moral", na qual o mero aborrecimento é apresentado como evento danoso.
> (TJMG, Apelação Cível 0391852-31.2012.8.13.0145, Rel. Desa. Cláudia Maia, 13ª Câmara Cível, julgamento em 28.02.2013, publicação em 06.03.2013)

> INDENIZAÇÃO - OFENSAS MÚTUAS - AUSÊNCIA DE DOLO - DANO MORAL INEXISTENTE - DEVER DE RESSARCIR - AFASTADO. Restando comprovado que as ofensas foram recíprocas, proferidas no calor da discussão entre as partes, fica configurada a ausência de dolo, afastando, por conseguinte, o dever de indenizar.

(TJMG, Apelação Cível 1026353-73.2008.8.13.0024, Rel. Des. Antônio de Pádua, 14ª Câmara Cível, julgamento em 30.08.2012, publicação em 14.09.2012)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. BRIGA DE EX-CASAL. AGRESSÕES VERBAIS RECÍPROCAS. DANOS MORAIS INDEVIDOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. REQUISITOS AUSENTES. […] I - A obrigação de indenizar só advém quando presentes o dano, a culpa do agente ofensor e o nexo de causalidade entre o ato desse e o prejuízo experimentado pela vítima. II - Não vislumbrada a existência de tais requisitos necessários à configuração do dever de indenizar, mormente em razão das ofensas e provocações recíprocas, sustentadas pelas partes, fica afastada a indenização pleiteada. […]
(TJMG, Apelação Cível 0955442-65.2010.8.13.0024, Rel. Des. Alberto Henrique, 13ª Câmara Cível, julgamento em 23.08.2012, publicação em 29.08.2012)

Apelação Cível - indenização por danos morais - ofensas recíprocas - ausência do dever de indenizar. […] Sendo mútuas as ofensas mútuas irrogadas pelas partes, fica afastada a obrigação de indenizar pelos danos morais, em razão da culpa recíproca.
(TJMG, Apelação Cível 0063695-04.2010.8.13.0433, Rel. Des. Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível, julgamento em 08.08.2012, publicação em 24.08.2012)

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS - MORAIS - AGRESSÕES - VIZINHOS - ORIGEM - DESCONHECIDA - INIMIZADE ENTRE AS PARTES - INDEFERIMENTO. A ocorrência de provocações ou ofensas recíprocas em razão da desavença existente entre as partes não gera responsabilidade civil indenizável para quaisquer delas, se não resta demonstrado o início das agressões.
(TJMG, Apelação Cível 0923415-64.2009.8.13.0153, Rel. Des. Tiago Pinto, 15ª Câmara Cível, julgamento em 17.05.2012, publicação em 24.05.2012)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - OFENSAS VERBAIS MÚTUAS - NÃO CONFIGURAÇÃO DANO MORAL. Estando demonstrado que as ofensas foram recíprocas, proferidas no calor da discussão entre as partes, não resta configurada a conduta ilícita, afastando-se, por conseguinte, o dever de indenizar.
(TJMG, Apelação Cível 5214964-30.2009.8.13.0145, Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes, 15ª Câmara Cível, julgamento em 09.06.2011, publicação em 30.06.2011)

RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - ATRITO VERBAL - PALAVRAS INJURIOSAS

> PROFERIDAS NO CALOR DA DISCUSSÃO - DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. Estando demonstrado que as ofensas foram recíprocas, proferidas no calor da discussão entre as partes, não resta configurada a conduta ilícita, afastando-se, por conseguinte, o dever de indenizar.
> (TJMG, Apelação Cível 5901740-56.2009.8.13.0024, Rel. Des. Osmando Almeida, 9ª Câmara Cível, julgamento em 21.09.2010, publicação em 04.10.2010)
>
> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DISCUSSÃO ACALORADA COM OFENSAS VERBAIS RECÍPROCAS - PEDIDO INDENIZATÓRIO IMPROCEDENTE - RECURSO DESPROVIDO. Para que se condene alguém ao pagamento de indenização por dano moral é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva, e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. Havendo agressões verbais mútuas, não sendo possível aferir quem deu causa efetiva ao evento, improcede o pedido de indenização por danos morais.
> (TJMG, Apelação Cível 7855611-95.2005.8.13.0024, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª Câmara Cível, julgamento em 15.04.2010, publicação em 01.06.2010)
>
> AÇÃO DE DANOS MORAIS - OFENSAS VERBAIS RECÍPROCAS - NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBRIGATÓRIOS PARA CARACTERIZAÇÃO DO DANO E CONCESSÃO DE INDENIZAÇÃO -AÇÕES IMPROCEDENTES. Em Ações de Indenização por danos morais não há que se falar em reparação civil se há ofensas verbais mútuas, comprovadas nos autos através de oitiva de testemunhas e documentos juntados.
> (TJMG, Apelação Cível 2511955-32.2008.8.13.0223, Rel. Des. Nicolau Masselli, 13ª Câmara Cível, julgamento em 14.01.2010, publicação em 01.02.2010)

Ressalto que a Recorrida não provou a irregular inscrição do seu nome em cadastro restritivo de crédito, de maneira que a postulação reparatória por danos morais relacionada a esse fato não deve ser acolhida.

Por fim, os danos materiais alegados pelos querelantes não foram devidamente especificados nem demonstrados, de modo que os pedidos de indenização por danos patrimoniais formulados por ambas as partes devem ser julgados improcedentes também pela inexistência de especificação e de comprovação.

A respeito do tema, colaciono os seguintes arestos:

> […] DANO MATERIAL. FALTA DE PROVA. […] A reparação por danos materiais exige efetiva comprovação.
> (TJMG, Apelação Cível 0277242-50.2012.8.13.0145, Rel. Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, julgamento em 11.09.2013, publicação em 20.09.2013)

> […] DANO EM PROPRIEDADE RURAL - CORTE DE BAMBUZAL E CERCA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS DANOS - ÔNUS DA PARTE AUTORA - PEDIDO IMPROCEDENTE. O dano material representa uma perda patrimonial ou perda de uma chance, e deve ser demonstrado, inequivocamente, pela parte Autora, conforme lhe impões o art. 333, I, do Código de Processo Civil. Não demonstrado o dano, deve o pedido ser julgado improcedente.
> (TJMG, Apelação Cível 0905796-69.2008.8.13.0699, Rel. Des. Newton Teixeira Carvalho, 13ª Câmara Cível, julgamento em 23.05.2013, publicação em 29.05.2013)

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, dando-lhe parcial provimento, para julgar totalmente improcedente o pedido exordial, ao tempo em que mantenho a parte da sentença combatida que julgou improcedente o pedido constante da reconvenção.

Cada parte deverá suportar os seus ônus sucumbenciais, tendo em vista que ambos os litigantes sucumbiram.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2013.

PROCESSO: 0745041-07.2000.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: BANCO ECONÔMICO S.A
APELADO: CARNAFIBRA S/A CELULOSE DA CARNAÚBA
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PRELIMINAR. INTEMPESTIVIDADE. INOCORRÊNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. GARANTIA HIPOTECÁRIA. ESCRITURA PÚBLICA. PENHORA SOBRE IMÓVEL. REPRESENTAÇÃO SOCIETÁRIA. APARENTE REGULARIDADE. SIMULAÇÃO. BOA-FÉ. RESSALVA DOS DIREITOS. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. INTIMAÇÃO. TEORIA DA APARÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Da preliminar.

1.1. Em sede preambular, deduz o recorrente subsistir intempestividade dos embargos de terceiros apresentados, vez que a empresa apelada tomou conhecimento da constrição judicial em 17 de outubro de 1996, sendo, portanto, preclusa a arguição de nulidade dos atos elaborados pelos litigantes.

1.2. Os embargos de terceiros são admitidos no processo de execução até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, inteligência do art. 1.048 do Código de Processo Civil, contudo, nenhum dos atos, especificados legalmente, foram realizados, motivo pelo qual deve ser considerada tempestiva a presente insurgência.

2. Do mérito.

2.1. A tese fundamental da empresa embargante/recorrida é de que o Sr. José Maria de Moraes Machado constitui pessoa inidônea, inapta a elaborar a garantia hipotecária, pois não possuia representação societária da empresa Carnafibra S/A Celulose da Carnaúba, devendo todos os atos por ele engendrados serem nulificados.

2.2. Em função do contrato de mútuo pactuado com o credor, Banco Econômico, ora recorrente, foi firmado escritura

pública de constituição de hipoteca, datada de 17 de outubro de 1994 e registrada no 4º Ofício de Notas da Comarca de Fortaleza, figurando como outorgante devedor, a empresa Machado S.A. - CURTMASA. A avença teve ainda como outorgantes garantidores as empresas Carnafibra S/A Celulose da Carnaúba e Empresa Imobiliária e Agrícola Machado S.A.

2.3. O imóvel, objeto da transcrição de nº. 6.129, inscrito no Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona Imobiliária de Fortaleza, atualmente descrito nas matrículas de nº. 61.341 (fl. 109) e nº. 61.342 (fl. 107), teve anotada penhora advinda da dívida firmada na escritura pública, acima descrita.

2.4. A conduta da empresa embargante/recorrida ensejou uma aparência de realidade tão firme no propósito da instituição bancária recorrente impossibilitando-a de questionar a sua validade, pois a hipoteca sobre o imóvel fora perfectibilizada por pessoa da família, sendo inclusive acompanhado do Sr. Antônio Jeová Pereira Lima, nomeado Diretor Superintendente da empresa Carnafibra S/A Celulose da Carnaúba.

2.5. A escritura pública de constituição de hipoteca elaborada entre a empresa Machado S.A. - CURTMASA, tendo como garantidoras as empresas Carnafibra S/A Celulose da Carnaúba e Empresa Imobiliária e Agrícola Machado S.A, e sendo credor o Banco Econômico, ora recorrente, deve ser reputada como negócio jurídico simulado, uma vez que em seu conteúdo constou declaração de representatividade empresarial não verdadeira, a ser ressalvado os direitos dos contraentes de boa-fé.

2.6. *"Em nosso ordenamento jurídico, há vedação do comportamento contraditório, consubstanciado na máxima venire contra factum proprium. Há, por outro lado, consagração ao princípio da boa-fé objetiva"*. (REsp 1046453/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013).

2.7. Mesmo que a embargante/recorrida alegue que inexistiam poderes do representante para efetivar a constrição, pode-se verificar, indubitavelmente, que a empresa Carnafibra S/A

Celulose da Carnaúba teve ciência inequívoca da elaboração da hipoteca, de sua posterior execução e da penhora advinda.
2.8. Tal assertiva se fundamenta com o recebimento do mandado de penhora pelo Sr. José Maria de Moraes Machado, na qualidade de representante legal das empresas Curtumes Machado S.A. - CURTMASA, Empresa Imobiliária, Agrícola Machado S.A e Carnafibra S/A Celulose da Carnaúba.
2.9. Aplicação da teoria da aparência, reputando-se válida a cientificação da pessoa jurídica quando esta é recebida por quem se apresenta como representante legal da empresa e recebe a citação ou intimação sem ressalvas quanto à inexistência de poderes de representação em juízo.
2.10. Recurso conhecido e provido. Reconhece-se, por se tratar de questão de ordem pública, a simulação empreendida na escritura pública de constituição de hipoteca, uma vez que em seu conteúdo constou declaração de representatividade empresarial não verdadeira, ressalvando-se, *in casu*, os direitos dos contraentes de boa-fé em face do negócio jurídico simulado.
2.11. Via de consequência, declara-se a regularidade da constrição efetivada no imóvel, objeto da transcrição de nº. 6.129, inscrito no Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona Imobiliária de Fortaleza, atualmente descrito nas matrículas de nº. 61.341 (fl. 109) e nº. 61.342 (fl. 107), bem como, reconhece-se a validade da intimação da penhora efetivada, através da adoção da teoria da aparência, devendo ter curso o processo executivo movido pelo apelante.

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 a Apelação Cível nº. 0745041-07.2000.8.06.0001, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 10 de setembro de 2014

RELATÓRIO

Versa a presente de recurso apelatório apresentado pelo Banco Econômico S/A, em liquidação extrajudicial, em face da sentença exarada pelo MM. Juiz de Direito da 4ª vara Cível da Comarca de Fortaleza, o qual nos autos dos embargos de terceiros apresentados por Carnafibra S/A Celulose da Carnaúba, ora recorrida, julgou procedente a pretensão do embargante, determinando a restituição do imóvel, com a baixa da penhora dantes efetivada no bem.

Em suas razões exordiais (fls. 4/17), o embargante, Carnafibra S/A Celulose da Carnaúba, arguiu, em breve exposição: i) que é detentor do imóvel registrado no Cartório da 3ª Zona Imobiliária de Fortaleza, sob o nº. 6.129; ii) que o referido bem fora objeto de penhora no Juízo *a quo* sem qualquer ressalva; iii) que a garantia fora prestada por quem não detinha poderes para tal mister; iv) do dever de assegurar ao embargante, em sede liminar, a restituição do bem, tornando sem efeito a averbação da restrição na forma do art. 1.052 do Estatuto Adjetivo Cível.

Acolhida, *ab initio*, a pretensão do embargante (fl. 65).

Impugnação aos embargos ajuizada pelo banco requerido rebateu os argumentos apresentados, e em sinopse, dissertou que: i) o prazo para interposição dos embargos de terceiro já havia transcorrido quando da ciência da empresa embargante da constrição judicial; ii) que as cópias das assembleias anexadas aos autos não corroboram com a tese alegada pelo embargante; iii) que há flagrante tentativa da empresa insurgente em beneficiar-se da própria torpeza, devendo ser condenada pela litigância de má-fé.

Contraminuta às fls. 85/88.

Em despacho à fl. 94 foi anunciado o "julgamento do feito no estado em que encontra".

Sentença às fls. 97/101 acolhe *in totum* a solicitação do embargante, afastando a restrição que recaía sobre o bem e restituído-o ao requerente.

Razões recursais às fls. 125/130 discorrem sobre a validade da garantia hipotecária firmada entre as partes. Advoga a aplicação da teoria da aparência sobre a situação processual em tablado, pois o representante, ao receber os mandados judiciais da execução, obteve pleno conhecimento da penhora na qualidade de representante legal do grupo de empresas executadas.

Assevera restar claramente firmado o conhecimento da apelada sobre a constrição empreendida, devendo ser declarada a preclusão da parte adversa para insurgir-se sobre o tema. Discorre, novamente, sobre as assembléias realizadas pela embargante e o real intuito da empresa recorrida. Ao término roga pelo provimento do

apelo, para que seja reformada a sentença desafiada, mantendo a garantia hipotecária, com inversão do ônus da sucumbência.

Contrarrazões de fls. 143/150

Através de decisão monocrática da lavra do eminente Des. Váldsen da Silva Alves Pereira (fls. 205/206), o presente feito foi redistribuído, em decorrência da prevenção perfectibilizada através do agravo de instrumento nº. 2005.0012.5199-8/0, distribuído inicialmente ao Des. João de Deus Barros Bringel e, posteriormente à minha Relatoria.

Instado a manifestar-se no feito, a douto representante do *Parquet*, Dra. Francisca Idelária Pinheiro Linhares, opina pela desnecessidade de intervenção do Ministério Público, por não se enquadrar a presente em nenhuma hipótese prevista no art. 82 do Código de Processo Civil (fls. 218/220).

Encaminhe-se os autos à douta Revisão, de acordo com art. 33, II, do RITJCE.

Expedientes de estilo.

VOTO

O recorrente infere em suas razões recursais as seguintes teses – intempestividade dos embargos de terceiros e preclusão temporal do apelado, aplicação da teoria da aparência com amparo nas ações do representante da executada.

Passemos à análise de cada um dos pontos expendidos pela instituição bancária.

Em sede preambular, deduz o recorrente subsistir intempestividade dos embargos de terceiros apresentados, vez que a empresa apelada tomou conhecimento da constrição judicial em 17 de outubro de 1996, sendo, portanto, preclusa a arguição de nulidade dos atos elaborados pelos litigantes.

Advirta-se, no entanto, que os embargos de terceiros são admitidos no processo de execução até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, inteligência do art. 1.048 do Código de Processo Civil, contudo, nenhum dos atos, especificados legalmente, foram realizados, motivo pelo qual deve ser considerada tempestiva a presente insurgência. Tese preliminar afastada.

Passemos então, ao cerne da questão em curso.

Em função do contrato de mútuo pactuado com o credor, Banco Ecônomico, ora recorrente, foi firmado escritura pública de constituição de hipoteca (fl. 31/33), datada de 17 de outubro de 1994 e registrada no 4º Ofício de Notas da Comarca de Fortaleza, figurando como outorgante devedor, a empresa Machado S.A. - CURTMASA.

A avença teve ainda como outorgantes garantidores as empresas Carnafibra S/A Celulose da Carnaúba e Empresa Imobiliária e Agrícola Machado S.A.

Como dantes declarado na exposição relatorial, o imóvel, objeto da transcrição de nº. 6.129, inscrito no Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona Imobiliária de Fortaleza, atualmente descrito nas matrículas de nº. 61.341 (fl. 109) e nº. 61.342 (fl. 107), teve anotada penhora advinda da dívida firmada na escritura pública, acima descrita, sob o registro R-1, datado de 18 de junho de 1996.

A tese fundamental da empresa embargante/recorrida é de que o Sr. José Maria de Moraes Machado constitui pessoa inidônea, inapta a elaborar a garantia hipotecária, pois não possuia representação societária da empresa Carnafibra S/A Celulose da Carnaúba, devendo todos os atos por ele engendrados serem nulificados.

Deve-se registrar, contudo, que na escritura pública de constituição da hipoteca, às fls. 31/33, o Sr. José Maria de Moraes Machado atua como Diretor Presidente das três empresas multicitadas.

Causa espécie a documentação juntada a fl. 56, em que se noticia, através de certidão da Junta Comercial do Estado do Ceará, registrada em 25 de junho de 2003, o arquivamento da ata da assembleia geral extraordinária da empresa Carnafibra S/A Celulose da Carnaúba, na qual foram eleitos os membros de sua diretoria em 16 de agosto de 1993, não sendo mencionado entre os mesmos o Sr. José Maria de Moraes Machado.

A conduta da empresa embargante/recorrida ensejou uma aparência de realidade tão firme no propósito da instituição bancária recorrente impossibilitando-a de questionar a sua validade, pois a hipoteca sobre o imóvel fora perfectibilizada por pessoa da família, sendo inclusive acompanhado do Sr. Antônio Jeová Pereira Lima, nomeado Diretor Superintendente da empresa Carnafibra S/A Celulose da Carnaúba na assembleia de 16 de agosto de 1993, conforme se observa do cotejo dos documentos de fls. 56 e 33.

O ordenamento jurídico veda comportamento contraditório, consubstanciado na máxima "*venire contra factum proprium"* – vedação do comportamento contraditório - , consagrando o princípio da boa-fé objetiva, inteligência do art. 422 do Código Civil e dos arts. 102 a 105 do pretérito Código Civil de 1916.

Conclui-se, portanto, da máxima que a ninguém é dado se valer da própria torpeza, que a escritura pública de constituição de hipoteca elaborada entre a empresa Machado S.A. - CURTMASA, tendo como garantidoras as empresas Carnafibra S/A Celulose da Carnaúba e Empresa Imobiliária e Agrícola Machado S.A, e sendo credor o Banco Econômico, ora recorrente, deve ser reputada como negócio jurídico simulado,

uma vez que em seu conteúdo constou declaração de representatividade empresarial não verdadeira, a ser ressalvado, *in casu*, os direitos dos contraentes de boa-fé em face do negócio jurídico simulado.

Em sentido análogo, apresenta-se jurisprudência do STJ em prestígio a boa-fé objetiva, vedando-se a atuação contraditória da parte.

> RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS CONTIDOS NO ART. 535 DO CPC. PROPRIEDADE DE IMÓVEL. NEGAÇÃO, PELA MESMA PARTE, EM AUTOS DE FALÊNCIA E AFIRMAÇÃO, EM EMBARGOS DE TERCEIRO. CONDUTA CONTRADITÓRIA, QUE NÃO LHE PODE BENEFICIAR. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. TESE DEFENDIDA EM ESPECIAL NÃO TRATADA NA ORIGEM. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. SÚMULA 7/STJ.
> (*omissis*)
> 2. Não pode ser beneficiado aquele que, ainda que em ações diversas, ora atribui a propriedade do mesmo bem imóvel a pessoa jurídica, ora a pessoa natural, conforme o momento que se lhe apresente mais conveniente, sob pena de compactuar-se com o *venire contra factum proprium*, providência repudiada em nosso ordenamento jurídico.
> 3. Inexistente juízo de valor acerca de matéria contida no recurso especial, dela não se conhece porque não preenchido o necessário requisito do prequestionamento.
> 4. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula 7/STJ).
> 5. Recurso especial desprovido.
> (REsp 1288006/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 18/02/2014) (grifos nossos).

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. BEM DE FAMÍLIA OFERECIDO EM GARANTIA REAL HIPOTECÁRIA. PESSOA JURÍDICA, DEVEDORA PRINCIPAL, CUJOS ÚNICOS SÓCIOS SÃO MARIDO E MULHER. EMPRESA FAMILIAR. DISPOSIÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA QUE SE REVERTEU EM BENEFÍCIO DE TODA UNIDADE FAMILIAR. HIPÓTESE DE EXCEÇÃO À REGRA DA IMPENHORABILIDADE PREVISTA EM LEI. ARTIGO ANALISADO: 3º, INC. V, LEI 8.009/1990.
> (*omissis*)
> 8. Sendo razoável presumir que a oneração do bem em favor de empresa familiar beneficiou diretamente a entidade familiar, impõe-se reconhecer, em prestígio e atenção à boa-fé (vedação de *venire contra factum proprium*),

a autonomia privada e ao regramento legal positivado no tocante à proteção ao bem de família, que eventual prova da inocorrência do benefício direto é ônus de quem prestou a garantia real hipotecária.
9. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.
(REsp 1413717/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 29/11/2013) (grifos nossos).

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA.
CONFISSÃO DE DÍVIDA FEITA POR MEIO DE INSTRUMENTO PÚBLICO DE ESCRITURA DE MÚTUO COM GARANTIA HIPOTECÁRIA. VINCULAÇÃO COM EXECUÇÃO E RESPECTIVOS EMBARGOS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.
(*omissis*)
7. Em nosso ordenamento jurídico, há vedação do comportamento contraditório, consubstanciado na máxima *venire contra factum proprium*. Há, por outro lado, consagração ao princípio da boa-fé objetiva.
8. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.
(REsp 1046453/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013) (grifos nossos).

RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO - EMBARGOS À ADJUDICAÇÃO - INDICAÇÃO DE BEM À PENHORA PELO DEVEDOR - POSTERIOR ALEGAÇÃO DE NULIDADE ANTE A IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA (ART. 649, V, DO CPC) - AFASTAMENTO DA TESE PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.
INSURGÊNCIA DO EXECUTADO.
1. Hipótese em que o executado indica bem à penhora e, posteriormente, invoca a nulidade da adjudicação em razão da impenhorabilidade absoluta (art. 649, V, do CPC) do objeto da constrição, por constituir equipamento essencial ("colheitadeira") à continuidade do exercício da profissão. Inviabilidade. Bem móvel voluntariamente oferecido pelo devedor à garantia do juízo executional. Patrimônio integrante do ativo disponível do executado.
Renúncia espontânea à proteção preconizada no inciso V do art. 649 do CPC. Vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).
2. Os bens protegidos pela cláusula de impenhorabilidade (art. 649, V, do CPC) podem constituir alvo de constrição judicial, haja vista ser lícito ao devedor renunciar à proteção legal positivada na norma supracitada, contanto que contemple patrimônio disponível e tenha sido indicado à penhora por livre decisão do executado, ressalvados os bens inalienáveis e os bens de família. Precedentes do STJ.

> 3. No caso, não há nulidade no procedimento expropriatório, porquanto, além de o bem penhorado ("colheitadeira") compor o acervo ativo disponível do recorrente/executado, este o ofertou deliberadamente nos autos da execução, de ordem a evidenciar contradição de comportamento da parte ("*venire contra factum proprium*"), postura incompatível com a lealdade e boa-fé processual.
> 4. Recurso especial desprovido.
> (REsp 1365418/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 16/04/2013) (grifos nossos).

Mesmo que a embargante/recorrida, Carnafibra S/A Celulose da Carnaúba, alegue que inexistiam poderes do representante para efetivar a constrição, pode-se verificar, indubitavelmente, que a citada empresa teve ciência inequívoca da elaboração da hipoteca, de sua posterior execução e da penhora advinda. Tal assertiva se fundamenta através do recebimento do mandado de penhora pelo Sr. José Maria de Moraes Machado, na qualidade de representante legal das empresas Curtumes Machado S.A. - CURTMASA, Empresa Imobiliária, Agrícola Machado S.A e Carnafibra S/A Celulose da Carnaúba, conforme entremostra a certidão à fl. 55 dos autos.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará no julgamento da apelação cível nº. 1999.02840-0, em voto da relatoria do eminente Des. José Arísio Lopes, houve por bem reconhecer a validade da citação da penhora empreendida ao prefalado representante das empresas. Transcrevo elucidativo trecho do voto pela importância do julgado na resolução da presente lide:

> Com relação a preliminar de nulidade da citação, hei por bem afastá-la, porquanto tal ato (fl. 23/v) foi realizado na pessoa de José Maria de Morais Machado, subscritor do contrato de execução (fl. 06/v) e notório membro da família Machado, que detém o comando das empresas executadas sob o regime de revezamento de seus integrantes, como deixam ver as atas de fls. 19 e 27/28.
>
> Mesmo considerando a alegativa de que o Sr. José Maria de Morais Machado não fazia mais parte das empresas executadas, ainda assim, válida foi a citação, em consonância com o disposto nos arts. 214, §1º e 249, §1º do Código de Processo Civil, pois ensejou o comparecimento espontâneo das devedoras, que, em sede de embargos, não só alegaram a nulidade em questão, mas também deduziram elementos de defesa, não sofrendo nenhum prejuízo em concreto.
> (TJCE, Apelação Cível nº. 1999.02840-0, julgada em 11 de junho de 2001).

A situação em lume assemelha-se ao precedente acima destacado, pois da mesma forma o Sr. José Maria de Morais Machado em nenhum momento se esquivou em se expor como representante legítimo das empresas em destaque. Tal situação gerou ao apelante elementos de confiança e boa-fé nos atos executados, efetivando-se a hipoteca sobre o imóvel.

Diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça apontam a aplicação da teoria da aparência, reputando-se válida a cientificação da pessoa jurídica quando esta é recebida por quem se apresenta como representante legal da empresa e recebe a citação ou intimação sem ressalvas quanto à inexistência de poderes de representação em juízo. Seguem abaixo diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça neste sentido:

> PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PESSOA JURÍDICA – CITAÇÃO E INTIMAÇÃO DA PENHORA – EFETIVAÇÃO EM PESSOA QUE SE APRESENTA COMO REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA – CPC, ART. 215 – PRECEDENTE DA EG. 1ª SEÇÃO.
> - Impõe-se reconhecer a validade da citação e intimação da pessoa jurídica realizada em quem, na sua sede, se apresenta como sua representante legal e recebe a citação sem qualquer manifestação a respeito da falta de poderes de representação em Juízo.
> - Aplicação do princípio da instrumentalidade processual em consonância com a aplicação da teoria da aparência.
> - Recurso especial não conhecido.
> (REsp 241.701/SP, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2002, DJ 10/02/2003, p. 177).

> PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE PROVIMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - EXECUÇÃO - EMBARGOS DO DEVEDOR - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - NÃO COMPROVAÇÃO - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - CITAÇÃO E INTIMAÇÃO - PESSOA JURÍDICA - TEORIA DA APARÊNCIA - PRECEDENTES - GRATUIDADE DE JUSTIÇA - PESSOA JURÍDICA - NÃO COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA - AFERIÇÃO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DA EMPRESA - REEXAME DE PROVA - SÚMULA 7/STJ - DESPROVIMENTO.
> (*omissis*)
> 3 - Consoante entendimento já consolidado nesta Corte Superior, adota-se a teoria da aparência, considerando válida a citação de pessoa jurídica, por meio de funcionário que se apresenta a oficial de justiça sem mencionar qualquer ressalva quanto à inexistência de poderes para representação em juízo.
> (...)

(AgRg no Ag 712.646/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 20/06/2006, DJ 14/08/2006, p. 285)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TERMO INICIAL DO PRAZO PARA A OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE ESTÁ EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO.
1. Esta Turma, por ocasião do julgamento do AgRg no Ag 684.714/PR (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 5.9.2005, p. 260), proclamou: "Efetivada a penhora por oficial de justiça e dela sendo intimado o devedor, atendido estará o requisito de garantia para a oposição de embargos à execução. A eventual insuficiência da penhora será suprida por posterior reforço, que pode se dar 'em qualquer fase do processo' (Lei 6.830/80, art. 15, II), sem prejuízo do regular processamento dos embargos." A Segunda Turma, ao julgar o REsp 244.923/RS (Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 11.3.2002, p. 223), também decidiu: "Intimada a executada da penhora, a partir daí começa a correr o prazo para apresentação dos embargos do devedor.
Essa penhora deve ser suficiente para a satisfação do débito, não importa. Pode ser excessiva, não importa. Pode ser ilegítima, como no caso de constrição sobre bens impenhoráveis, também não importa.
Na primeira hipótese a penhora poderá ser ampliada. Na segunda, poderá ser reduzida. Na terceira, poderá ser substituída. Em qualquer dos três casos, haverá intimação do executado, mas o prazo para a apresentação dos embargos inicia-se da intimação da primeira penhora, mesmo que seja insuficiente, excessiva ou ilegítima, e não da sua ampliação, redução ou substituição." 2. Quanto à argüição de nulidade da intimação da penhora, não obstante a configuração do prequestionamento implícito, ainda assim o recurso especial não procede, por estar o acórdão recorrido, também nesse ponto, em consonância com a orientação jurisprudencial predominante neste Tribunal Superior. A Corte Especial, ao apreciar os Embargos de Divergência no REsp 156.970/SP (Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 22.10.2001, p. 261), consagrou o seguinte entendimento: "(...) é de se aplicar a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação da pessoa jurídica realizada em quem, na sua sede, se apresenta como seu representante legal e recebe a citação, sem qualquer ressalva quanto à inexistência de poderes para representá-la em Juízo." 3. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no REsp 626.378/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 07/11/2006, p. 234).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. CITAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. TEORIA DA APARÊNCIA. APARENTE REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA.
1. Reputa-se válida a citação da pessoa jurídica por intermédio de quem

se apresenta na sede da empresa como seu representante legal e recebe a citação sem ressalva de que não possui poderes para tanto.
Precedentes desta Corte: AGA 441507/RJ, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, DJ de 22/04/2003; AERESP 205275/PR, Relator Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ de 28/10/2002; RESP 302403/RJ, Relator Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 23/09/2002.
2. *In casu*, sob o ângulo fático (Súmula 07/STJ), assentou a Corte local: "Embora, o senhor RICARDO CALDERARO IÓRIO não conste dos atos constitutivos da agravante, ao menos das alterações acostadas aos autos (fl. 33/37-TJMG), e embora não esteja claro qual sua relação com a sociedade executada (já que nem mesmo a agravante cuidou de esclarecer este pormenor), não se pode deixar de registrar que o mesmo, além de estar na sede da agravante, nada ressalvou quando firmou o termo de intimação de penhora trazido em cópia às fl. 28-TJMG-verso" (fl. 72).
3. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no Ag 736.583/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 20/09/2007, p. 223).

PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – INTIMAÇÃO – PESSOA JURÍDICA – TEORIA DA APARÊNCIA – SÚMULA 7/STJ – PRECEDENTES – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
1. A Corte Especial, no julgamento dos embargos de divergência no REsp 156.970/SP (Rel. Min. Vicente Leal, DJ 22.10.2001), consagrou o seguinte entendimento: "(...) é de se aplicar a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação da pessoa jurídica realizada em quem, na sua sede, se apresenta como seu representante legal e recebe a citação, sem qualquer ressalva quanto à inexistência de poderes para representá-la em Juízo".
2. No caso dos autos, da análise do conjunto fático-probatório, entendeu o Tribunal de origem o seguinte: "É inconteste que o executado, ora agravante, teve ciência do Mandado de Penhora, Avaliação e Registro", porquanto "alguém, em sua sede e em seu nome, foi intimado e aceitou o encargo de depositário. Sendo assim, despicienda a alegação de que a Sra. Jussara Salazar não é representante legal do agravante, mormente, quando a jurisprudência firmou-se no sentido de que é válida a citação da pessoa jurídica realizada na pessoa que, em sua sede, se apresenta como sua representante legal sem qualquer alegação quanto à falta de poderes de representação, como *in casu*".
3. A conclusão a que chegou o acórdão recorrido decorreu da análise do conjunto fático-probatório dos autos, e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame e a inversão do mencionado suporte, obstando a admissibilidade do apelo especial da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.
Agravo regimental improvido.
(AgRg no REsp 1037329/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 16/09/2008).

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. ARTIGOS 239, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III E 247 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.
> AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. NULIDADE DA CITAÇÃO. PREPOSTO DA EMPRESA. TEORIA DA APARÊNCIA. NULIDADE DA INTIMAÇÃO DA PENHORA. MATÉRIA FEDERAL NÃO SUSCITADA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO E EMBARGOS DECLARATÓRIOS PERANTE A CORTE ESTADUAL.
> PRECLUSÃO. AGRAVO IMPROVIDO.
> (*omissis*)
> 4. "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." (AgRgEREsp nº 205.275/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, in DJ 28/10/2002).
> (...)
> (AgRg no Ag 1303179/BA, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 03/08/2010).

Por tudo o que fora exposto, CONHEÇO do apelo interposto, para DAR-LHE PROVIMENTO, e por versar questão de ordem pública, reconhece-se a simulação empreendida na escritura pública de constituição de hipoteca, uma vez que em seu conteúdo constou declaração de representatividade empresarial não verdadeira, ressalvando-se, *in casu*, os direitos dos contraentes de boa-fé em face do negócio jurídico simulado.

Via de consequência, declara-se a regularidade da constrição efetivada no imóvel, objeto da transcrição de nº. 6.129, inscrito no Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona Imobiliária de Fortaleza, atualmente descrito nas matrículas de nº. 61.341 (fl. 109) e nº. 61.342 (fl. 107), bem como, reconhece-se a validade da intimação da penhora efetivada, através da adoção da teoria da aparência, devendo ter curso o processo executivo movido pelo apelante, Banco Econômico S.A.

É como voto.

Fortaleza, 10 de setembro de 2014.

PROCESSO: 0747861-96.2000.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTES: MARCOS ANTÔNIO TIBÚRCIO DOS SANTOS E GEOVANO SILVA LUCENA
APELADO: ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. EFEITOS TRANSLATIVO E DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO CÍVEL. LITISCONSORTE ATIVO ULTERIOR. CONCURSO PÚBLICO. CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO CEARÁ. RECURSO CONHECIDO, CONTUDO IMPROVIDO.

1. Incide, no caso, o disposto no artigo 48 do Estatuto Processual Civil, segundo o qual "salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros".

2. "O recurso, em regra, produz efeitos tão-somente para o litisconsorte que recorre. Apenas na hipótese de litisconsórcio unitário, ou seja, nas *palavras de José Carlos Barbosa Moreira, quando o julgamento haja de ter,* forçosamente, igual teor para todos os litisconsortes, mostra-se aplicável a norma de extensão da decisão, prevista no art. 509, caput, do Código de Processo Civil." [RMS 15.354/SC, 5ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 01.07.2005].

3. Os efeitos, benéficos ou não, decorrentes do julgamento do recurso ora analisado adstringem-se as partes que o interpuseram, já havendo, inclusive, transitada em julgado a sentença atacada em relação aos demais litigantes.

4. Não é admissível a formação de litisconsórcio ativo facultativo após a distribuição da ação, sob pena de violação ao princípio do juiz natural, porquanto possibilita ao jurisdicionado a escolha do juiz.

5. A legislação, constitucional e infraconstitucional, bem como preceitos éticos relacionados com o Processo Civil Moderno, vedam, de forma inconteste, a utilização desse tipo de expediente que é visto, na maioria das vezes, como uma tentativa de burla à sistemática de distribuição prevista no Código de Processo Civil e, principalmente, ao princípio constitucional do juiz natural, porquanto possibilita ao jurisdicionado a escolha do julgador.

6. A integralização ulterior do pólo ativo da demanda por litisconsortes facultativos, ocorrida somente empós a regular distribuição do processo cautelar, substancia burla às regras de distribuição de processos por sorteio, sobretudo aquelas dispostas no Art. 253 do Código de Processo Civil, representando, num sentido objetivo, violação ao princípio constitucional do juiz natural. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Preliminar acolhida para extinguir o feito em relação aos litisconsortes ativos ulteriores, na forma do Art. 267, IV do Digesto Processual Civil.

7. Analisando o inciso I do art. 20 do Decreto Estadual nº 9.692/72 à luz da Constituição Federal de 1988, mais especificamente de seus artigos 5ª, *caput,* e 37, inc. II, observa-se que aquele encontra-se em absoluta desconformidade com os preceitos delineados por esta, que, como se sabe, no que se refere ao tema em questão, foi responsável por solidarizar/democratizar o acesso ao serviço público, calcando-o, ainda, na meritocracia.

8. O princípio da isonomia, ou do tratamento isonômico, constitui pilar de sustentação do regime republicano e deve nortear toda e qualquer manifestação do Estado, sob pena de configurar nulidade do pronunciamento do ente público.

9. Em casos como o dos presentes autos, não se pode ter por razoável, nem tão-pouco proporcional, que a Administração Pública franquie a quem quer que seja a possibilidade de participar de concurso público elidindo-se de sua fase notoriamente mais importante, qual seja, a prova que afere a capacitação intelectual do candidato.

10. "O art. 20, inciso I, do Decreto Estadual Nº 9.692/72, que autorizava a matrícula da praça da Polícia Militar do Estado do Ceará no curso de formação de oficiais, desde que houvesse concluído curso de nível superior, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por incompatibilidade com o princípio da isonomia, que tem expressão na seleção pelo mérito, inclusive no âmbito interno das corporações militares" [APC nº 69075579200080600011, Relator(a): Des. RAUL ARAÚJO FILHO, 1ª Câmara Cível e julgado em 14/09/2009].
11. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas.

Acórdão os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, preliminarmente e por unanimidade, em excluir da relação processual o Apelante Geovano Silva Lucena e, no mérito, negar provimento ao Recurso de Apelação Cível no que se refere ao pleito formulado pelo Sr. Marcos Antônio Tibúrcio dos Santos, nos termos do relatório e voto da Relatora.

Fortaleza, 5 de fevereiro de 2014

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação Cível interposto em face da sentença que julgou improcedente, com resolução de mérito, a pretensão deduzida, segundo consta na inicial, originalmente, somente pelo Sr. Marcos Antônio Tibúrcio dos Santos com a finalidade de fazer com que o Estado do Ceará, ora Apelado, o permitisse participar do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado do Ceará/PMCE sem, contudo, o submeter à sua 2ª fase, qual seja, o exame intelectual previsto/exigido na alíneas "a" e "b", item 7, do Edital nº 001/2002 – DE 2 [*vide* págs. 24/41].

Segundo afirmou o Sr. Marcos Antônio Tibúrcio dos Santos [*vide* petição inicial de fls. 02/16], o art. 20, inc. I do Decreto Estadual nº 9.692/72 isentaria-o da obrigação de prestar o aludido exame intelectual, visto que, assim como previsto no citado dispositivo legal, integra os quadros da PMCE, na condição de ocupante da

patente de Soldado; bem como, já é graduado em curso superior reconhecido pelos órgãos competentes.

Autos definitivamente distribuídos, assim como atesta informação obtida junto ao e-Saj, no dia 04 de fevereiro de 2004, ao Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza.

Às págs. 56/58, vê-se petição protocolada no dia 11 de fevereiro de 2004; ou seja, 07 (sete) dias após ao evento que me referi no parágrafo anterior; em que os Senhores Marcos Nazareno Bonifácio Ferreira, Geovano da Silva Lucena, Francisco Assis Adriano de Queiroz e Alexandere Alves Freitas pleitearam a inclusão de seus nomes como partes no processo na condição de litisconsortes ativos ulteriores.

À pág. 98, o Juiz Auxiliar da 3ª Vara da Fazenda Pública, Dr. Hortênsio Augusto Pires Nogueira, prolatou despacho em que determinou ao Serviço de Distribuição do Fórum Clóvis Beviláqua que procedesse com o "*cadastramento dos nomes dos litisconsortes ativos que pleitearam habilitação*" [*vide* pág. 98].

Na sequência, às págs. 101/111, vê-se decisão interlocutória por meio da qual o magistrado acima nominado antecipou, cautelarmente, os efeitos da tutela requestada na inicial. A seguir, transcreve-se seu dispositivo:

> Face ao exposto, DEFIRO o pedido de antecipação parcial dos efeitos da tutela jurisdicional formulado, no sentido de determinar que o Estado do Ceará, através submeta os Promoventes MARCOS ANTÔNIO TIBÚRCIO DOS SANTOS, MARCOS NAZARENO BONIFÁCIO FERREIRA, GEOVANO DA SILVA LUNA LUCENA, FRANCISCO ASSIS ADRIANO DE QUEIROZ E ALEXANDRE ALVES FREITAS, às fases restantes do concurso – vestibular para o Curso de Formação de Oficiais da PMce – CFO dispensando-as do exame intelectual, até ulterior deliberação desta juízo [pág. 110]

Segundo informado pelo Estado do Ceará às págs. 139/143, a decisão acima minutada restou suspensa pela Presidência desta Egrégia Corte.

Contestação às págs. 128/136.

Réplica às págs. 186-192.

Sentença resolutória de mérito proferida às págs. 250/257, concluindo pela improcedência do pleito autoral por entender que a norma inserta no inciso I, art. 20, do Decreto Estadual nº 9.692/72, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Descontentes com o teor da sentença supra, Marcos Antônio Tibúrcio dos Santos e Geovano da Silva Lucena interpuseram às págs. 261/270 o presente Recurso de Apelação Cível, em que pleiteiam sua reforma e, por consequente, a prolação de

decisão colegiada que os possibilite matricularem-se em Curso de Formação de Oficiais sem a necessidade de submeterem-se à nenhum teste intelectual.

Contrarrazões opostas pelo Estado do Ceará às págs. 273/282.

Às págs. 292/297, o Ministério Público do Estado do Ceará/MPCE, através de sua douta Procuradoria Geral de Justiça/PGJ, ofertou parecer em que opinou pelo desprovimento da pleito recursal.

É o relatório. À douta revisão.

VOTO

O Recurso de Apelação em destaque, uma vez que presentes seus requisitos intrínsecos e extrinsecos de admissibilidade, encontra-se em condições de ser conhecido.

Todavia, antes de proceder com a análise das razões do recurso em evidência, entendo por bem fazer alguns esclarecimentos prévios.

Conforme expus no relatório, o presente recurso foi interposto somente por duas das cinco partes que, a teor do disposto na decisão recorrida [*vide* doc. págs. 250/257], sucumbiram.

Ocorre que, no caso dos autos, não se pode admitir a aplicação do disposto no art. 509 do Código de Processo Civil que estabelece que "*o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses*".

Isso porque, consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, corroborado pela doutrina, referido dispositivo legal tem aplicação somente aos casos de litisconsórcio unitário, que, na lição de Cândido Rangel Dinamarco, "*se caracteriza pela homogeneidade dos tratamentos atribuídos aos litisconsortes, para que o julgamento final seja homogêneo para todos*" [Instituições de Direito Processual Civil, vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 344].

Nesse sentido, cumpre trazer à baila o escólio de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> O *caput* da norma se aplica apenas ao litisconsórcio unitário (CPC 47). Como a decisão judicial não pode ser cindida, devendo atingir os litisconsortes unitário de modo uniforme no plano do direito material, o recurso de apenas um deles se estenderá aos demais.
> [*Código de Processo Civil Comentado* , 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 875].

Na mesma linha, segue a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira:

> Ao litisconsórcio unitário, e somente a ele, deve aplicar-se o disposto no art. 509, *caput*, porque a extensão dos efeitos do recurso aos co-litigantes omissos não tem senão uma razão de ser, que é precisamente a de impedir a quebra da uniformidade na disciplina da situação litigiosa.
> [*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 378].

A espécie, contudo, não cuida de litisconsórcio unitário, em que a decisão de mérito deve ser uniforme para todos os litisconsortes, considerando que cada parte/candidato possui uma condição individual diferenciado do outro, como a idade, por exemplo, que conduz, necessariamente, a um julgamento diferenciado para cada um.

Incide, no caso, portanto, o disposto no artigo 48 do Estatuto Processual Civil, segundo o qual "s*alvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros*".

Nessa linha de raciocínio, confira-se precedente da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, quando esse ainda integrava o col. Superior Tribunal de Justiça/STJ:

> **EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO ESPECIAL DO LITISCONSORTE QUE NÃO APROVEITA À AGRAVANTE. 1.** "O recurso, em regra, produz efeitos tão-somente para o litisconsorte que recorre. Apenas na hipótese de litisconsórcio unitário, ou seja, nas *palavras de José Carlos Barbosa Moreira, quando o julgamento haja de ter,* forçosamente, igual teor para todos os litisconsortes, mostra-se aplicável a norma de extensão da decisão, prevista no art. 509, caput, do Código de Processo Civil." (RMS 15.354/SC, 5ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 01.07.2005). Precedentes: EDcl no REsp 453.860/SP, 4ª T., Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 25.09.2006; REsp 203.042/SC, 2ª T., Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 05.05.2003. **2.** No caso concreto, por não ser hipótese de litisconsórcio unitário, o recurso interposto por um dos litigantes não aproveita aos demais, o que retira da agravante qualquer interesse no seguimento do recurso especial interposto pelo outro litisconsorte. **3.** Embargos de declaração acolhidos para, atribuindo-lhes efeitos modificativos, não conhecer do agravo de instrumento.
> [STJ - EDcl no Ag 702.365/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 03.12.2007].

Dessa forma, os efeitos, benéficos ou não, decorrentes do julgamento do recurso ora analisado adstringem-se as partes que o interpuseram, no caso, conforme se vê à pág. 261, somente aos senhores Marcos Antônio Tibúrcio dos Santos e Geovano da Silva Lucena, já havendo, inclusive, transitada em julgado a sentença atacada em relação às demais partes, Marcos Nazareno Bonifácio Ferreira, Francisco Assis Adriano de Queiroz e Alexandre Alves Freitas.

Pois bem, tendo em vista o que acabei de discorrer, passo, na sequência, a analisar, de ofício, questão preliminar, que entendo ser merecedora de especial atenção por parte deste órgão julgador.

Como passarei a demonstrar, trata-se de matéria de ordem pública, que, a despeito de não ter sido ventilada em momento anterior, é dado ao julgador apreciá-la de ofício devido ao efeito translativo dos recursos - quanto a isso, veja-se o teor dos §§ 1º e 2º do art. 515 e o do art. 516, todos do CPC:

> Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
> § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.
> § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.
>
> Art. 516. Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas.

Sobre o tema, válida a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

> O efeito translativo é ligado à matéria que compete ao Judiciário conhecer em qualquer grau de jurisdição, ainda que sem expressa manifestação das partes, a exemplo das questões enumeradas no art. 301 do CPC. [MARINONI, Luís Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento.* 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.526].

Neste mesmo sentido, é o entendimento do egrégio STJ:

> **EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO TRANSLATIVO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE**

> **QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). POSSIBILIDADE, NOS CASOS EM QUE O NÃO ENFRENTAMENTO DESSAS QUESTÕES CONDUZ A UM JULGAMENTO SEM NENHUMA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA COM A DEMANDA PROPOSTA. 1.** Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem. **2.** Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 do STF; Art. 257 do RISTJ). **3.** Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial. **4.** No caso dos autos, o acórdão recorrido, bem assim as questões federais suscitadas no recurso especial, não têm relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Examinar tais questões em recurso especial representaria, assim, atividade jurisdicional inútil, porque imprestável para o desfecho da causa. **5.** Recurso especial conhecido, para, de ofício, anular o acórdão que julgou o agravo regimental.
> [REsp 609144/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2004, DJ 24/05/2004, p. 197].

Dessa forma, como restou relatado, após a regular distribuição da pretensão ajuizada autonomamente pelo Sr. Marcos Antônio Tibúrcio dos Santos, foi atravessada petição nos autos solicitando ao magistrado que a conduzia a inclusão dos Senhores Marcos Nazareno Bonifácio Ferreira, Geovano da Silva Lucena, Francisco Assis Adriano de Queiroz e Alexandre Alves Freitas no pólo ativo da demanda, pedido este que foi posteriormente acatado através do despacho de pág. 98.

Todavia, como se sabe, a legislação, constitucional e infraconstitucional, bem como preceitos éticos relacionados com o Processo Civil Moderno, vedam, de forma inconteste, a utilização desse tipo de expediente que é visto, na maioria das vezes, como uma tentativa de burla à sistemática de distribuição prevista no Código de Processo Civil e, principalmente, ao princípio constitucional do juiz natural, porquanto possibilita ao jurisdicionado a escolha do julgador.

Pelo princípio do juiz natural, é vedado às partes escolherem, por sua livre e espontânea vontade, qual juízo deve apreciar o seu pedido, eximindo-se de concorrer à distribuição, a qual tem por finalidade fixar a competência do juízo, matéria completamente subtraída ao livre arbítrio dos autores ou réus.

O princípio em comento é previsto no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal, cujos conteúdos, na sequência, passo a reproduzir:

> 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:
> [...]
> XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;
> [...]
> LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Nesse contexto, José Joaquim Gomes Canotilho identifica alguns pressupostos que decorrem da aplicação do princípio em questão, são eles:

> a) a existência de prévia individualização através de leis gerais;
> b) a neutralidade e independência;
> c) a conformidade com o "princípio de fixação da competência", isto é, de aplicação das regras decisivas para a determinação do juiz da causa;
> d) a observação das determinações de procedimento referentes à "divisão funcional interna".
> [*Apud*: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil de 1988. vol. 2.São Paulo: Saraiva,1989, p. 205].

Tal praxe ainda encontra-se coibida pela norma inserta no artigo 253, do CPC, segundo o qual as causas de qualquer natureza distribuir-se-ão por dependência quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda.

No mesmo diapasão, abalizada doutrina no sentido de que:

> **Formação do litisconsórcio ativo facultativo.** Momento processual adequado: petição inicial. Deve ocorrer no momento do ajuizamento da ação. Proposta a ação, não é mais possível a formação do litisconsórcio ativo facultativo. Não se admite o litisconsórcio facultativo ulterior, que ofenderia o princípio do juiz natural

(CF 5ª XXXVII e LIII). [NERY, Rosa Maria Andrade & NERY JÚNIOR, Nelson, *in* Código de Processo Civil Comentado, 10ª edição, RT, pág. 255].

À guisa de exemplos, confiram-se as ementas dos seguintes julgados proferidos pelo STJ:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL.
1. A ADMISSÃO DE LITISCONSORTES ATIVOS FACULTATIVOS DEVE SER REQUERIDA NO MOMENTO ADEQUADO, SOB PENA DE TUMULTUAR A MARCHA DO PROCESSO COM A RENOVAÇÃO DE FASE JA SUPERADA, NO CASO O PEDIDO DE INFORMAÇÕES. **2.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
[AgRg no MS 615/DF, Rel. Ministro BUENO DE SOUZA, CORTE ESPECIAL, julgado em 13/06/1991, DJ 16/03/1992, p. 3068].

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. FORMAÇÃO APÓS A DISTRIBUIÇÃO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. PRECEDENTES.
1. Não é admissível a formação de litisconsórcio ativo facultativo após o ajuizamento da ação, sob pena de violação ao princípio do juiz natural, em face de propiciar ao jurisdicionado a escolha do juiz. **2.** A admissão de litisconsortes ativos facultativos deve ser requerida no momento adequado, sob pena de tumultuar a marcha do processo com a renovação de fase já superada, no caso o pedido de informações. **3.** Recurso provido.
[REsp 24743/RJ, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/1998, DJ 14/09/1998, p. 94].

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS. INCONSTITUCIONALIDADE. PRESCRIÇÃO. TESE DO "CINCO MAIS CINCO". LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO POSTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.
I - A inclusão de litisconsortes ativos facultativos em momento ulterior ao ajuizamento da ação fere o princípio do juiz natural, insculpido no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CF/88, independentemente da apreciação da liminar e da efetivação da citação do réu. Precedente: REsp nº 24.743/RJ, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ de 14/09/98. **II -** Não há que se falar em incompetência absoluta do juízo, seja material, seja funcional, suficiente para determinar a redistribuição do feito ao juiz competente (art. 113, § 2º, do CPC), na hipótese de o julgador indeferir a inclusão de litisconsortes ativos na lide, pois ocorreu, na verdade, distribuição irregularmente

> dirigida. **III - *OMISSIS* IV -** Recursos especiais de SUPERMOTOR COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS AUTOMOTIVOS LTDA e OUTROS e de TRANSPORTES SANTA MARIA LTDA e OUTRO IMPROVIDOS e apelo especial do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS PROVIDO.
> [REsp 931535/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2007, DJ 05/11/2007, p. 238]

E, desta e. Corte, transcreve-se, a seguir, precedente de relatoria do Exmo. Des. Francisco Sales Neto:

> **EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA EM SEDE DE AÇÕES CAUTELAR E ORDINÁRIA. PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL ACOLHIDA. PROCESSO EXTINTO EM RELAÇÃO AOS LITISCONSORTES ATIVOS ULTERIORES. CURSO DE HABILITAÇÃO DE SARGENTOS. REALIZAÇÃO POR FORÇA DE DECISÃO LIMINAR CONFERIDA EM SEDE DE AÇÃO CAUTELAR. FINALIZAÇÃO DO CURSO ANTES JULGAMENTO DA DEMANDA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA QUE NÃO APRECIOU O MÉRITO DA LIDE. APELO E REMESSA OFICIAL CONHECIDOS E PROVIDOS.**
> **1.** A integralização ulterior do pólo ativo da demanda por litisconsortes facultativos, ocorrida somente empós a regular distribuição do processo cautelar, substancia burla às regras de distribuição de processos por sorteio, sobretudo aquelas dispostas no Art. 253 do Código de Processo Civil, representando, num sentido objetivo, violação ao princípio constitucional do juiz natural. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Preliminar acolhida para extinguir o feito em relação aos litisconsortes ativos ulteriores, na forma do Art. 267, IV do Digesto Processual Civil; **2. *OMISSIS* 3. *OMISSIS* 4.** Apelação cível e Remessa oficial obrigatória conhecidas e parcialmente providas.
> [APC Nº 731736-53.2000.8.06.0001, REL. FRANCISCO SALES NETO, JULGADO EM 27.04.2009, 1ª CÂMARA CÍVEL].

Em razão do que acabou de ser argumentado, por ser questão de ordem pública, excluo da lide o recorrente Geovano da Silva Lucena, julgando, quanto a ele, extinto o processo, sem apreciação do mérito. Nesse particular, em situação análoga, o STJ assim se posicionou:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ULTERIOR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS. LEIS 7.787/89 E 8.212/91. COMPENSAÇÃO. ARTIGO 89, § 3º, DA LEI 8.212/91. LIMITAÇÕES INSTITUÍDAS PELAS LEIS 9.032/95 E 9.129/95. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ARTIGOS 167, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN, E SÚMULA 188/STJ. APLICAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO. REPETIÇÃO POR VIA DE PRECATÓRIO. POSSIBILIDADE.

1. A inclusão de litisconsorte ativo facultativo, após a distribuição da ação judicial, configura desrespeito à garantia constitucional do Juiz Natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal de 1988), praxe que é coibida pela norma inserta no artigo 253, do CPC, segundo o qual as causas de qualquer natureza distribuir-se-ão por dependência quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda (artigo 253, inciso II, do CPC, com a redação dada pela Lei 11.280/2006) (Precedentes do STJ: AgRg no MS 615/DF, Rel. Ministro Bueno de Souza, Corte Especial, julgado em 13.06.1991, DJ 16.03.1992; REsp 24.743/RJ, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 20.08.1998, DJ 14.09.1998; e REsp 931.535/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 25.10.2007, DJ 05.11.2007). **2.** A violação do princípio do juiz natural em virtude do ulterior ingresso de litisconsortes ativos facultativos, não atrai a incidência do artigo 113, § 2º, do CPC. Isto porque decorre da inobservância das regras de determinação de competência, e não em razão da incompetência do juízo, consoante se de depreende do seguinte excerto do voto-condutor do acórdão recorrido: "Com efeito, o juízo não é absolutamente incompetente, tanto que, no caso de nova apresentação da ação (havendo uma nova distribuição e, não, uma redistribuição), a lide poderia vir a ser julgada pelo mesmo juízo, mas desta vez com a estrita observância do princípio do juiz natural, pelo emprego das devidas e inafastáveis regras de distribuição de feitos." **3.** O litisconsórcio superveniente inadmitido impõe, quanto aos litisconsortes, a extinção do processo, porquanto o desmembramento e redistribuição dos autos implicaria em violação aos princípios da razoabilidade e da celeridade processuais, comprometendo o desenvolvimento regular da função jurisdicional e prejudicando o exercício da ação ou da defesa, e contrariando o escopo do parágrafo único, do artigo 46, do Codex Processual. **4.** ***OMISSIS*** **5.** ***OMISSIS*** **6.** ***OMISSIS*** **7.** ***OMISSIS*** **8.** ***OMISSIS*** **9.** ***OMISSIS*** **10.** ***OMISSIS*** **11.** ***OMISSIS*** **12.** ***OMISSIS*** **13.** ***OMISSIS*** **14.** ***OMISSIS*** **15.** ***OMISSIS*** **16.** ***OMISSIS*** **17.** ***OMISSIS*** **18.** ***OMISSIS*** **19.** ***OMISSIS*** **20.** ***OMISSIS*** **21.** ***OMISSIS*** **22.**

> ***OMISSIS* 23.** Recurso especial de J. Farah Móveis e Decorações Ltda. e Outras desprovido, ante a inaplicabilidade do artigo 113, § 2º, do CPC, à espécie, e tendo em vista a higidez das limitações à compensação tributária erigidas pela Leis 9.032/95 e 9.129/95. 24. Recurso especial da Sociedade Educacional São Pedro de Alcântara parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito de opção do recebimento do crédito, quer pela compensação (caso a empresa se coadune com as exigências/limitações legais), quer pela repetição do indébito tributário.
> [REsp 796064/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/11/2008].

Prossigo, agora, com a análise do mérito do recurso apelatório somente tendo em vista a situação do Sr. Marcos Antônio Tibúrcio dos Santos que, como visto, pretende, com fulcro no art. 20, inc. I, do Decreto Estadual nº 9.692, de 13 de janeiro de 1972, participar de concurso público/vestibular destinado à prover vagas no Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado do Ceará sem, contudo, se submeter à fase eliminatória e classificatória destinada à aferir a capacitação intelectual de seus concorrentes, assim como preceituado no item 5.2 do edital regulamentador do certame [*vide* pág. 27].

A controvérsia ora posta a exame consiste em definir se o dispositivo de lei apontado pelo Requerente/Apelante para fundamentar sua pretensão foi, ou não, recepcionado pelo ordenamento jurídico constitucional vigente deste 1988. Nesse contexto, transcrevo, a seguir, a redação dos arts. 15 e 20, inc.I, do Decreto Estadual nº Decreto Estadual nº 9.692/72, responsável, de acordo com sua ementa, pela regulamentação do do Curso de Formação de Oficiais do Estado do Ceará:

> Art. 15 – Haverá, em caráter eliminatório, os exames seguintes:
> I – exame intelectual ou de escolaridade;
> II – exame médico;
> III – exame psicológico.
> Art. 20 – Não farão exame de escolaridade os candidatos:
> I – integrantes da Polícia Militar do Ceará, diplomados por escola superior, oficial ou reconhecida;

Analisando os dispositivos supratranscritos, em especial o inciso I do art. 20, à luz da Constituição Federal de 1988, mais especificamente de seus artigos 5ª, *caput,* e 37, inc. II, observo que aquele encontra-se em absoluta desconformidade com os preceitos delineados por esta, que, como se sabe, no que se refere ao tema em questão, foi responsável por solidarizar/democratizar o acesso ao serviço público, calcando-o, ainda, na meritocracia.

A propósito, conforme ensina o ilustre doutrinador Geraldo Ataliba, o princípio da isonomia, ou do tratamento isonômico, constitui pilar de sustentação do regime republicano e deve nortear toda e qualquer manifestação do Estado, sob pena de configurar nulidade do pronunciamento do ente público. Cita-se:

> Não teria sentido que os cidadãos se reunissem em república, erigissem um estado, outorgassem a si mesmos uma constituição, em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem, seja de modo direto, seja indireto, a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condicional da ereção do regime. Que dessem ao estado – que criaram em rigorosa isonomia cidadão – poderes para serem usados criando privilégios, engendrando desigualações, favorecendo grupos ou pessoas, ou atuando em detrimento de quem quer que seja. A *res publica* é de todos e para todos. Os poderes que de todos recebem deve traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade, se não fosse marcada pela igualdade.
>
> A igualdade é, assim, a primeira base de todos os princípios constitucionais e condiciona a própria função legislativa, que é a mais nobre, alta e ampla de quantas funções o povo, republicanamente, decidiu criar. A isonomia há de se expressar, portanto, em todas as manifestações de Estado, as quais, na sua maioria, se traduzem concretamente em atos de aplicação da lei, ou seu desdobramento. Não há ato ou forma de expressão estatal que possa escapar ou subtrair-se às exigências da igualdade.
>
> Nos casos em que as competências dos órgãos do Estado – e estes casos são excepcionais – não se cinjam à aplicação da lei, ainda aí, a isonomia é princípio que impera e domina. Onde seja violado, mistificado, fraudado, traído, há inconstitucionalidade a ser corrigida de ofício ou mediante pronta correção judicial. Toda violação da isonomia é uma violação aos princípios básicos do próprio sistema, agressão a seus mais caros fundamentos e razão de nulidade das manifestações estatais. Ela é como que a pedra de toque do regime republicano.
>
> [ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 133].

Dessa forma, irradiando o princípio da isonomia sua força sobre toda e qualquer manifestação estatal, por certo que ele deve balizar também a realização de concursos públicos, casos em que, segundo Raquel Dias da Silveira, valendo-se das lições do Professor Fabrício Motta, o referido princípio compõe o tripé principiológico para sua regular existência:

> Pontifica o jovem e estudioso professor goiano que, dentre os princípios informadores do instituto do concurso público, destacam-se o princípio

> democrático, fulcrado na premissa de que todos têm direito de concorrer aos cargos públicos; o princípio da eficiência, que impõe à Administração o dever de selecionar, de forma objetiva e transparente, aqueles que possuem maiores atributos (méritos, qualificações e aptidões) para se adequarem ao oferecimento de um serviço público eficiente, e o princípio da isonomia, que consiste na igualdade de tratamento dos candidatos e na vedação de privilégio e discriminações injustificadas na contratação.
> Outros princípios, tais como a legalidade, a moralidade, a razoabilidade e a publicidade serão igualmente aplicados à espécie, porém, prevalecerão sempre, como "princípios – maiores", segundo as lições de Fabrício Motta, o chamado tripé principiológico, democracia – isonomia – eficiência, cuja existência é imprescindível em todo e qualquer concurso público.
> [SILVEIRA, Raquel Dias da. DISCRIMINAÇÕES LEGAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS E PRINCÍPIO DA IGUALDADE: UM ESTUDO SOB OS PARADIGMAS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO DAS MINORIAS NAS ÚLTIMAS DÉCADAS. *In* **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Número 19, jul/set. Salvador: Bahia, 2009. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-19-JULHO-2009-RAQUEL%20DIAS.pdf, acesso em 03 de dezembro de 2013].

E é exatamente esse princípio, portanto, que deve nortear a solução do caso em tela. Isso porque, como já demonstrei, o que se busca no presente feito é averiguar se era necessário/razoável a aplicação de um fator de discriminação, qual seja, a de possibilitar, assim como estipula a previsão legal inserta no art. 20, inc. I, do Dec. Estadual nº 9.692/72, que os componentes/integrantes da Polícia Militar do Estado do Ceará participem de curso destinado à formação de seus oficiais sem, contudo, serem submetidos, diferentemente dos demais candidatos, à exame intelectual.

Nesse contexto, Adilson Abreu Dallari afirma que averiguação da afronta ao princípio da isonomia, ou da igualdade, é sobretudo casuística, pautada no bom-senso ou, melhor dizendo, no princípio da razoabilidade:

> Não existe solução mágica e universalmente aplicável, como um gabarito que, por simples comparação, possa dizer, com absoluta segurança, quando uma determinada exigência legal é constitucionalmente aceitável, ou quando ofende o princípio da isonomia. A solução deve ser buscada na observação cuidadosa das circunstâncias de cada caso, fundamentalmente no uso do bom-senso, que, no mundo jurídico corresponde à aplicação do princípio da razoabilidade.
> [DALLARI, Adilson Abreu. *Princípio da Isonomia e Concursos Públicos*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, abril/mai/junho 2006].

Assim, em casos como o dos presentes autos, não se pode ter por razoável, nem tão-pouco proporcional, que a Administração Pública franqueie a quem quer que seja a possibilidade de participar de concurso público elidindo-se de sua fase notoriamente mais importante, qual seja, a prova que afere a capacitação intelectual do candidato. Situação essa explicitamente anti-isonômica, a merecer o repúdio do Poder Judiciário.

Em situação semelhante à trazida nos autos, assim se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

> **EMENTA: RECLAMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 518/TO. CONCESSÃO DE PONTOS AOS DETENTORES DO TÍTULO DE "PIONEIROS DO TOCANTINS". ANULAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO POR DECISÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÉVIO PARA EXONERAÇÃO DOS APROVADOS.**
>
> **1.** A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 598/TO acarretou a nulidade de todo o certame e, conseqüentemente, dos atos administrativos que dele decorreram. **2.** O estrito cumprimento da decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal torna desnecessária a instauração de processo administrativo prévio à exoneração dos candidatos aprovados. **3.** Reclamação julgada procedente. [Rcl 5819, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009, DJe-113 DIVULG 18-06-2009 PUBLIC 19-06-2009 EMENT VOL-02365-01 PP-00101 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 178-190].

E, em caso análogo ao tratado nos presentes autos, veja-se o entendimento adotada pelo Exmo. Min. Raul Araújo Filho, quando compunha a 1ª Câmara Cível deste e. Tribunal:

> **EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - PROMOÇÃO DE MILITAR - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA**
>
> **1.** O acesso ao Curso de Habilitação de Oficiais pelos integrantes da Polícia Militar do Estado do Ceará, para fins de ingresso no oficialato, pressupõe que os postulantes estejam na última graduação das praças e a observância do princípio da isonomia, considerado o universo de todos os integrantes da referida graduação. **2.** O art. 20, inciso I, do Decreto Estadual Nº 9.692/72, que autorizava a matrícula da praça da Polícia Militar do Estado do Ceará no curso de formação de oficiais, desde que houvesse concluído curso de

> nível superior, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por incompatibilidade com o princípio da isonomia, que tem expressão na seleção pelo mérito, inclusive no âmbito interno das corporações militares. **3.** Apelação improvida. [original sem destaques]
> [APC nº 69075579200080600011, Relator(a): Des. RAUL ARAÚJO FILHO, 1ª Câmara Cível e julgado em 14/09/2009].

Isso posto, conheço do recurso apelatório, para: (i) de ofício, em razão do efeito translativo inerente a essa espécie recursal, excluir da lide o Senhor Geovano Silva Lucena, julgando, quanto a ele, extinto o processo, sem resolução do mérito; e (ii) negar provimento ao pleito do Sr. Marcos Antônio Tibúrcio dos Santos.

Por fim, nos termos do art. 20, *caput e* § 4º, do CPC e tendo por base os inúmeros atos praticados pela Procuradoria Geral do Estado do Ceará [*vide* petições de págs. 138/142; 128/136; e 273/282], bem como o tempo de tramitação dos presentes autos, quase 10 (dez) anos, condeno os Apelantes a pagarem as custas processuais, além de honorários advocatícios, que ora fixo em R$ 2000,00 [dois mil reais], ressaltando, aqui, a suspensão da exigibilidade destas obrigações pelo prazo de 5 anos, em face da gratuidade judicial que lhes foi conferida [*vide* art. 12 da lei 1.060/50].

É como voto.

Fortaleza, 5 de fevereiro de 2014.

PROCESSO: 0008257-77.2011.8.06.0101
APELANTE: CONSTRUTORA SILVEIRA SALLES LTDA
APELADO: ANTÔNIO IRANILDO DA SILVA
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
ORIGEM: 2ª VARA DA COMARCA DE ITAPIPOCA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. LOTEAMENTO IRREGULAR. INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR. CULPA RECÍPROCA. RESCISÃO. RESTITUIÇÃO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS. FRUIÇÃO. HAVENDO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL DE AMBOS OS CONTRATANTES, DA PROMITENTE VENDEDORA, POR ALIENAR TERRENO EM LOTEAMENTO IRREGULAR, E DO PROMITENTE COMPRADOR, POR DEIXAR NOTIFICAR A LOTEADORA PARA SUPRIMENTO DA FALTA, BEM COMO DE PAGAR O PREÇO AJUSTADO OU SEQUER CONSIGNÁ-LO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIALMENTE, É DE DIREITO A RESCISÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL, COM O RETORNO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR. TODAVIA, CONSIDERANDO A PERMANÊNCIA DO PROMITENTE COMPRADOR POR LONGOS ANOS NO IMÓVEL, INCLUSIVE NELE REALIZANDO EDIFICAÇÕES, MOSTRA-SE DEVIDA A RETENÇÃO DE METADE DAS QUANTIAS PAGAS, A TÍTULO DE FRUIÇÃO, BEM COMO A INDENIZAÇÃO AO COMPRADOR DAS BENFEITORIAS EDIFICADAS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, JULGANDO-SE PARCIALMENTE PROCEDENTE A DEMANDA AUTORAL.

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 conceder-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 2 de dezembro de 2014

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação ante a sentença que julgou improcedente a ação de resolução contratual c/c reintegração de posse ajuizada por Construtora Silveira Salles Ltda em face de Antonio Iranildo da Silva.

Na inicial, a Construtora Silveira Salles Ltda alegou que celebrou contrato de promessa de compra e venda com o promovido em setembro de 2006, em relação a um imóvel de 225 m² localizado em um loteamento; que o promovido deixou de pagar as prestações em 2009, o que implicaria a rescisão contratual, conforme cláusula constante do contrato.

Requereu, por tudo, a resolução do contrato e a reintegração da posso no referido imóvel.

Na sentença, fls. 60/62, o juízo de primeira instância julgou improcedente o pleito, sob fundamento de que o loteamento esteve irregular até 2012; antes, portanto, do ajuizamento da presente ação.

Inconformada, a autora interpôs o presente apelo, fls. 68/83, alegando, em suma, que o apelado deu motivo a resolução contratual, pois restou inadimplente, e que, no caso de irregularidade do loteamento, deveria ter realizado o depósito das parcelas no Cartório d Registro de Imóveis.

Sem contrarrazões.

É o que importa relatar.

À revisão.

Fortaleza, 9 de março de 2015.

VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade recursal, cabendo o conhecimento do apelo.

Cuida-se de ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse ajuizada por Construtora Silveira Salles Ltda em desfavor de Antonio Iranildo da Silva, sob o fundamento de que o último havia adquirido da primeira um terreno, constituído pelo Lote 26 da quadra 27 do Loteamento Antonio Salles Filho, no município de Itapipoca/CE.

A autora sustentou que celebrou contrato de promessa de compra e venda com o promovido em setembro de 2006, mas que o promovido deixou de pagar as prestações em 2009, buscando, dessa forma, a rescisão do contrato, com a retenção de quantias referentes às despesas efetuadas para venda do imóvel e valor referente ao período de fruição do bem.

De sua parte o réu, apesar de não contestar sua inadimplência nos termos alegados pela autora/apelante, alega que a mesma teve como causa a falha da autora/apelante em regularizar o loteamento em que se encontra fincado o imóvel, o que impossibilitaria até mesmo a obtenção da inscrição definitiva.

Incontroversas nos autos, portanto, a celebração de contrato de compra e venda de imóvel entre os litigantes, bem como a falta de pagamento do preço ajustado pelos compradores, restando perscrutar sobre eventual inadimplência da vendedora quanto à contraprestação por ela assumida no ajuste, qual seja, a de providenciar a regularização do loteamento junto à municipalidade, para o consequente fornecimento da escritura definitiva.

Com efeito, no compulsar dos autos, verifica-se que as partes celebraram contrato de Cessão de Compra e Venda de unidade imobiliária em 26 de setembro de 2006.

Aos 05 de abril de 2010 a parte autora notificou o comprador para que efetuasse o pagamento das parcelas em aberto, sob pena de ajuizamento de ação de rescisão do negócio jurídico (fls. 13/15). Assim, comprovada está não só a inadimplência dos compradores, mas também a sua regular constituição em mora.

Contudo, o documento oficial trazido pela Autora/apelante (fls.51/54), no qual consta a regularização do loteamento, revela que o mesmo somente foi legalmente constituído em 24.04.2012; momento posterior, portanto, ao ajuizamento da ação, ocorrido em 31.08.2011.

Pois bem. Incidem na espécie as disposições contidas na Lei nº 6.766/79, que estabelece as normas relativas ao Parcelamento do Solo Urbano. A situação evidenciada nos autos se subsume perfeitamente à hipótese traçada nos artigos 37 e 38 da lei de regência, os quais estabelecem:

> Art. 37. É vedado vender ou prometer vender parcela de loteamento ou desmembramento não registrado.
>
> Art. 38. Verificado que o loteamento ou desmembramento não se acha registrado ou regularmente executado ou notificado pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, deverá o adquirente do lote suspender o pagamento das prestações restantes e notificar o loteador para suprir a falta.
> § 1º Ocorrendo a suspensão do pagamento das prestações restantes, na forma do caput deste artigo, o adquirente efetuará o depósito das prestações devidas junto ao Registro de Imóveis competente, que as depositará em estabelecimento de crédito, segundo a ordem prevista no inciso I do art. 666 do Código de Processo Civil, em conta com incidência de juros e correção monetária, cuja movimentação dependerá de prévia autorização judicial.
> § 2º A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, ou o Ministério Público, poderá promover a notificação ao loteador prevista no caput deste artigo.
> § 3º Regularizado o loteamento pelo loteador, este promoverá judicialmente a autorização para levantar as prestações depositadas, com os acréscimos de correção monetária e juros, sendo necessária a citação da Prefeitura, ou do Distrito Federal quando for o caso, para integrar o processo judicial aqui previsto, bem como audiência do Ministério Público.
> § 4º Após o reconhecimento judicial de regularidade do loteamento, o loteador notificará os adquirentes dos lotes, por intermédio do Registro de Imóveis competente, para que passem a pagar diretamente as prestações restantes, a contar da data da notificação.
> § 5º No caso de o loteador deixar de atender à notificação até o vencimento do prazo contratual, ou quando o loteamento ou desmembramento for regularizado pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, nos termos do art. 40 desta Lei, o loteador não poderá, a qualquer titulo, exigir o recebimento das prestações depositadas.

Entretanto, se por um lado a vendedora não se desincumbiu de sua obrigação de promover a regularização do loteamento junto à Municipalidade, o comprador também não logrou êxito em demonstrar que notificou a loteadora para regularizar a situação evidenciada, na forma exigida pela parte final do retro mencionado art. 38 da Lei nº 6.766/79, e tampouco consignaram, judicial ou extrajudicialmente, o restante do preço, tal como traçado no § 1º do mesmo dispositivo legal.

Diante de tais particularidades, é forçoso reconhecer que ambas as partes agiram com culpa recíproca para o insucesso do negócio, a vendedora por comercializar unidade imobiliária em loteamento irregular, e o comprador por deixar de provocar a loteadora para suprir a irregularidade, bem como de consignar as demais prestações ajustadas, apesar de permanecer na posse do bem por considerável lapso de tempo.

De fato, não se pode olvidar que os contratantes devem agir em cooperação mútua, e não de forma antagônica, pautando-se ambos, seja na conclusão ou execução das obrigações bilaterais ajustadas, pelos preceitos da probidade e boa-fé, traçados no art. 422 do Código Civil:

> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Na hipótese vertente, percebe-se que nenhum dos contratantes atuou da maneira esperada. Em casos como esses, devem as partes retornar ao estado anterior. Nesse sentido:

> Ação de rescisão de contrato cumulada com reintegração de posse e perdas e danos. Cessão de direitos possessórios. Inadimplemento de ambas as partes. Culpa recíproca. Restituição das partes ao estado anterior. Deve-se extinguir o contrato por incumprimento imputável a ambas as partes, ao promitente vendedor, que vendeu terreno em loteamento irregular, e aos promitentes-compradores, por terem deixado de pagar o preço, ou, ao menos, consigná-lo em juízo, integralmente, permanecendo no imóvel por muitos anos. Impõe-se a regulação do desfazimento do contrato observando-se as restituições recíprocas do preço e do imóvel, admitida ao promitente vendedor indenização por analogia à locação. Diante da culpa recíproca configurada, não se justifica a estipulação de cláusula penal para qualquer uma das partes. (Apelação Cível Nº 70056172323, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 25/09/2013)

> APELAÇÃO CÍVEL. COMPRA E VENDA. AÇÃO CONDENATÓRIA. SUCESSÃO PROCESSUAL. COMPARECIMENTO DA VIÚVA. ADMINISTRADORA PROVISÓRIA. ARTIGOS 985 E 986, CPC. REGULARIDADE. Verificando-se que, com a morte de um dos réus, o respectivo espólio passou a ser representado em juízo por meio do comparecimento de viúva, em evidente atuação enquanto administradora provisória, forte nos arts. 985 e 986, CPC, não há cogitar de qualquer irregularidade na representação processual. PRELIMINAR DE SENTENÇA "EXTRA PETITA QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO. LOTEAMENTO IRREGULAR E A INADIMPLÊNCIA CONFIGURAM CAUSA DE DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO FIRMADO ENTRE AS PARTES COM O RETORNO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR. Tinham os autores plena ciência de que o imóvel era irregular e que dependeria de regularização junto ao Município. INADIMPLÊNCIA. O inadimplemento do contrato acarreta a rescisão contratual. Retorno das partes ao status quo ante. HONORÁRIOS CONTRATADOS. Impossibilidade da cobrança. SENTENÇA MANTIDA. APELOS DESPROVIDOS.

UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70024264574, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rubem Duarte, Julgado em 13/05/2009)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - PRELIMINAR AFASTADA - CESSÃO DE CRÉDITO - ART. 294 DO CÓDIGO CIVIL - OPOSIÇÃO À CESSIONÁRIA DE TODAS AS EXCEÇÕES OPONÍVEIS AO CEDENTE - LOTEAMENTO IRREGULAR - COBRANÇA IMPROCEDENTE. A possibilidade jurídica do pedido consiste na formulação de uma pretensão que, em tese, esteja prevista na ordem jurídica como possível, ou que abstratamente o ordenamento pátrio não a tenha vedado, não podendo ser confundida com o interesse material, que é a pretensão esposada pelo autor na petição inicial e diz respeito ao mérito do processo. Conforme disposto no art. 294 do Código Civil, poderá o devedor opor à cessionária todas as exceções pessoais oponíveis ao cedente. Realizado compromisso de compra e venda de imóvel cuja alienação era vedada pela irregularidade no registro do loteamento, tornando ilícito seu objeto, não há como prosperar o pedido de cobrança dos valores ali especificados, tendo em vista que quem deu causa à inviabilidade do negócio jurídico foi a promitente vendedora. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.04.153004-0/002, Relator (a): Des.(a) Valdez Leite Machado , 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/03/2012, publicação da sumula em 10/07/2012)

APELAÇÃO - RESCISÃO CONTRATUAL - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - LOTEAMENTO IRREGULAR - VENDA DE FRAÇÃO IDEAL - NULIDADE - VEDAÇÃO LEGAL - LEI DO PARCELAMENTO DO SOLO - DIREITO DE RESCISÃO - DEVOLUÇÃO DOS VALORES - DANO MORAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO. A Lei de Parcelamento do Solo é de ordem pública e natureza cogente, o que veda a disposição das obrigações do loteador quanto à observância de suas responsabilidades em relação a loteamento irregular. Ao comprador assiste o direito de rescindir o contrato de compra e venda em razão da irregularidade do loteamento, que não lhe permite autorização para construção perante o órgão municipal. (TJMG - Apelação Cível 1.0567.08.111836-4/001, Relator (a): Des.(a) Marcelo Rodrigues , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/09/2011, publicação da sumula em 06/10/2011)

Compra e venda de imóvel - Rescisão e reintegração na posse do imóvel Loteamento irregular - Compradores que deixaram de pagar as parcelas do financiamento Retenção pela vendedora de 10% do valor das prestações pagas Indenização pelo tempo de ocupação Necessidade Pretendido reconhecimento de usucapião, em defesa Descabimento Réus que não exerceram posse com ânimo de dono Entendimento Adoção dos fundamentos da sentença, em razão do permissivo do artigo 252 do regimento interno desta egrégia corte - Sentença mantida Preliminares rejeitadas e recurso desprovido. (TJSP - Apelação nº 0009445-87.2011.8.26.0606, rel. Des. Mathias Coltro, j. Em 17.04.2013)

Todavia, a nosso aviso, se por um lado o apelado faz jus ao ressarcimento da quantia, bem como indenização pelas benfeitorias levantadas no imóvel, por outro lado a vendedora deve ser igualmente indenizada pelo período em que o imóvel permaneceu na posse dos compradores, evitando-se, assim, que quaisquer das partes venham a se locupletar em detrimento da outra.

Diante desse contexto, os valores efetivamente pagos pelos primeiros apelantes devem ser restituídos, com a devida correção, ficando, entretanto, a vendedora/apelante autorizada a reter das quantias recebidas, a título de fruição pelo longo período de ocupação do imóvel pelo comprador, que foi imitido na posse no ano de 2006, lá permanecendo até a presente data.

Portanto, a sentença hostilizada deve ser reformada, no sentido de se considerar rescindido o contrato firmado entre as partes, com a recomposição do estado anterior, devendo a autora/apelante restituir as quantias recebidas, bem como indenizar as benfeitorias levantadas no imóvel, a serem apuradas na fase de liquidação, fazendo jus, no entanto, à retenção de metade das importâncias recebidas, a título de fruição do imóvel, sendo permitida a compensação de valores devidos de parte a parte.

Doutro norte, a restituição do imóvel deverá ocorrer em até 15 (quinze) dias da devolução das parcelas pagas e indenização das benfeitorias.

À vista do exposto, voto pelo PARCIAL PROVIMENTO do recurso, para reformar a sentença hostilizada, julgando procedente em parte o pedido inicial, para declarar rescindido o contrato firmado entre as partes, devendo a autora restituir metade das parcelas recebidas, corrigidas monetariamente desde cada desembolso, e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado dessa decisão. Imponho ao réu/apelado a obrigação de desocupar o imóvel, no prazo máximo de 15 (quinze) dias após a restituição de valores e indenização das benfeitorias. Deve ser observado, ainda a obrigação de indenização das benfeitorias levantadas no imóvel, a serem apuradas na fase de liquidação, bem como à possibilidade de compensação dos débitos mútuos.

No tocante aos ônus sucumbenciais, observado que é caso de sucumbência recíproca, a cada parte cairá a responsabilidade pelos honorários de seus patronos. Custas recursais à proporção de 50% para cada um dos litigantes, observado quanto ao apelado o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

É como me posiciono.

Fortaleza, 2 de dezembro de 2014.

PROCESSO: 0084764-64.2006.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: D. F. D. P.
APELADO: D. V. D. P.
RELATOR: DES. EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO DE AVERIGUAÇÃO DE PATERNIDADE. AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA E JULGADA EXTINTA. COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE EXAME DE DNA. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA ANULADA.

1. O douto juiz singular, julgou extinto o feito sem resolução do mérito, ao argumento de que a pretensão posta nos presentes autos já foi objeto de uma outra ação, anteriormente ajuizada, transitada em julgado.

2. A extinção dessa ação, proposta em primeiro lugar, citada pelo insigne juiz ao prolatar a decisão recorrida, como disse, transitada em julgado, fundamentou-se no reconhecimento de sua prescrição, na época, decretada sob o manto do artigo 178, § 3º, do Código Civil de 1916, esquecendo, aquele douto julgador de que a Súmula nº 149 do Supremo Tribunal Federal, ainda em vigor, datada de 13 de dezembro de 1963, estabelece que:“ **É imprescritível a ação de investigação de paternidade,** mas não o é a de petição de herança”.

3. Mas, o fato de não ter o apelante insurgido-se contra a primeira decisão, tem-se a ideia que, com relação a ela, operou-se, coisa julgada material.

4. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, já decidiu, em sede de repercussão geral, que deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade, quando não foi possível realizar exame de DNA, como é o caso dos autos, instrumento este capaz de fornecer resultados praticamente precisos quanto à existência do vínculo genético.

5. Estes ensinamentos, possibilita, como visto, amenizar o caráter até então absoluto da coisa julgada.

6. Recurso conhecido e provido. Sentença anulada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL Nº 0084764-64.2006.8.06.0001, em que é apelante D. F. D. P. e apelado D. V. D. P.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, parte integrante desta decisão.

Fortaleza, 2 de março de 2015

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível proposta por D. F. D. P. contra sentença prolatada pelo MM. Juíza de Direito da 9ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza que, julgou extinto o feito sem resolução do mérito, ao argumento de que a pretensão posta nos presentes autos foi objeto em outra ação, anteriormente ajuizada, já com trânsito em julgado.

Sustenta que "o *decisum* fundamenta-se na coisa julgada. Ora, não há que se falar em coisa julgada, o *decisum* que alicerçou, com a devida vênia, o equivocado entendimento, julgou a prescrição da demanda sem apreciar ao mérito, não apreciou a existência ou não de relação sanguínea entre pai e filho, não considerou que a investigação de paternidade é imprescritível".

Sustenta ainda que "no caso vertente o limite da lide, quando da decisão que julgou a extinção do feito pela prescrição, gira em torno da coisa prescrita, não ingressou no mérito da questão. A questão decidida foi a prescrição. O atual feito, cujo decisum ora se rebate, versa sobre a paternidade propriamente dita".

Sustenta também que "a investigação de paternidade é imprescritível, podendo ser apreciada a qualquer momento. Ressalta-se que o artigo 27 do ECA qualifica o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, nesses termos, não se deve impedir uma pessoa, qualquer que seja sua história de vida, tenha sido adotada ou não, de ter reconhecido o seu estado de filiação, porque subjaz a necessidade psicológica do conhecimento da verdade biológica, que deve ser respeitada".

Por fim, requer o conhecimento e provimento do presente recurso, com a reforma da decisão atacada.

A parte apelada não apresentou contrarrazões.

Parecer do douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 222/226 dos autos, opinando pelo conhecimento e improvimento do presente recurso manutenção da sentença ora questionada.

É o que importa relatar.

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade previsto na legislação.

Conheço, então, do recurso.

O douto juiz singular, julgou extinto o feito sem resolução do mérito, ao argumento de que a pretensão posta nos presentes autos já foi objeto de uma outra ação, anteriormente ajuizada, transitada em julgado.

A extinção dessa ação, proposta em primeiro lugar, citada pelo insigne juiz ao prolatar a decisão recorrida, como disse, transitada em julgado, fundamentou-se no reconhecimento de sua prescrição, na época, decretada sob o manto do artigo 178, § 3º, do Código Civil de 1916, esquecendo, aquele douto julgador de que a Súmula nº 149 do Supremo Tribunal Federal, ainda em vigor, datada de 13 de dezembro de 1963, estabelece que: " **É imprescritível a ação de investigação de paternidad**e, mas não o é a de petição de herança".

Mas, o fato de não ter o apelante insurgido-se contra a primeira decisão, tem-se a ideia que, com relação a ela, operou-se, coisa julgada material.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, já decidiu, em sede de repercussão geral, que deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade, quando não foi possível realizar exame de DNA, **como é o caso dos autos**, instrumento este capaz de fornecer resultados praticamente precisos quanto à existência do vínculo genético, senão vejamos:

> EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. **REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA** EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE

> EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. **POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER,** COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. **Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo**. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (RE 363889, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011)

Fortalecendo tal entendimento, transcrevo os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e outros Tribunais pátrios:

> AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL.DIREITO DE FAMÍLIA. EXAME DE DNA. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE.
>
> 1. **Nas ações de estado, como as de filiação, deve-se dar prevalência ao princípio da verdade real, admitindo-se a relativização ou flexibilização da coisa julgada**. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 363.889/DF, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJe de 16/12/2011, reconheceu a repercussão geral da questão e, no mérito, consolidou o entendimento de que "deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer

segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo".3. É possível, com base na Súmula nº 168/STJ, inadmitir embargos de divergência quando a jurisprudência da Corte estiver no mesmo sentido do acórdão embargado.4. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EREsp 1201791/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 19/11/2014)

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. **INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXISTÊNCIA DE AÇÃO ANTERIOR JULGADA IMPROCEDENTE. SURGIMENTO DE NOVAS TÉCNICAS. EXAME DE DNA. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES RECENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (...) a mais recente jurisprudência do STJ e do STF vem admitindo o ajuizamento de nova ação de investigação de paternidade, mesmo diante de coisa julgada firmada anteriormente, para fins de realização de exame de DNA (meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo). REsp 1311881. Relator(a): Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Data da Publicação: 12/11/2014.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM NULIDADE DE PARTILHA E PETIÇÃO DE HERANÇA. PAI FALECIDO. COISA JULGADA. PRESCRIÇÃO. EXAME DE DNA REALIZADO COM AMOSTRAS DE SANGUE DE UM FILHO BIOLÓGICO DO SUPOSTO PAI. PROBABILIDADE DE PATERNIDADE SUPERIOR A 99,95%, INDICANDO QUE O AUTOR PERTENCE À MESMA LINHAGEM DO INVESTIGADO. **Tratando-se de investigação de paternidade, não há coisa julgada sem exame de DNA, porquanto os efeitos da coisa julgada, em ações de investigação de paternidade, sofrem alguma distensão, em face da possibilidade de um juízo de certeza advinda dos avanços do DNA.** (TJ-RS - AC: 70046265674 RS , Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 28/03/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/04/2012)

"Nas ações de estado, dentre elas, a ação de investigação de paternidade, não se materializa a coisa julgada, se não restou excluída expressamente a paternidade do investigado, face a insuficiência de prova" TJMS. Ap. 2009.027124-2/0000. 2ª Turma. Relator: Luiz Carlos Santini. Caxias do Sul. 2010)

Estes ensinamentos, possibilita, como visto, amenizar o caráter até então absoluto da coisa julgada.

Assim sendo, com arrimo nos fundamentos acima expendidos, e em consonância com a jurisprudência conheço do presente recurso, por próprio e tempestivo, para dar-lhe provimento, anulando a sentença atacada e determinando o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento do feito.

É como voto.

Expedientes Necessários.

Fortaleza, 02 de março de 2015.

Agravo de Instrumento

PROCESSO Nº 0030697-11.2013.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO: ANTÔNIO CLAILTON ALVES
RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA CARREIRA DE INSPETOR DA POLÍCIA CIVIL. CANDIDATO DEMITIDO DA POLÍCIA MILITAR A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO EM REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO EM DATA PRETÉRITA AO CERTAME. EXCLUSÃO DO CANDIDATO COM LASTRO EM EXPRESSA PREVISÃO EDITALÍCIA. LEGALIDADE EVIDENCIADA. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA RAZOABILIDADE. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA REFORMADA.

1. O colendo Superior Tribunal de Justiça reconhece a legalidade da eliminação de candidato a Concurso Público para ingresso na carreira policial pela caracterização de má conduta na investigação da vida pregressa, sendo irrelevante, inclusive, posterior absolvição no juízo criminal. Precedentes.

2. No caso concreto, com lastro em previsão editalícia, o candidato foi eliminado do Concurso Público para provimento do cargo de Inspetor da Polícia Civil, após a verificação que havia sido demitido dos quadros da Polícia Militar a bem do serviço público.

3. Nesse quadro, o princípio da presunção de inocência, interpretado de forma absoluta pelo magistrado de origem, não tem o condão de impedir que a autoridade responsável exclua da participação do certame candidato que não tenha cumprido com o requisito de ostentar boa conduta, notadamente pelo fato de já ter respondido processo administrativo disciplinar que redundou no reconhecimento de prática de ato de natureza grave, incompatível com as suas funções, redundando na sua demissão.

4. Com efeito, nesse momento processual, em que se está discutindo a concessão da tutela antecipada, não restou demonstrada qualquer conduta ilegal por parte da administração pública ao excluir do certame o ora agravado. Isso porque há expressa previsão editalícia que ampara a verificação da vida pregressa do candidato como critério eliminatório em qualquer fase do certame.

6. Entender de forma diversa, implicaria em afronta direta ao princípio da isonomia, porquanto estar-se-ia afastando a norma editalícia, a qual todos os candidatos se sujeitaram, para determinar, em liminar, a exclusão de sua incidência apenas para o agravado, sem qualquer justificativa plausível.

7. Sobreleva ressaltar ainda que o ato administrativo impugnado pelo agravado, em análise inicial, respeitou o princípio da moralidade administrativa, pois, fulcrado nos padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, exaltados no art. 2º, parágrafo único, IV, da Lei nº. 9.784/1999, impediu o ingresso no quadro de Inspetor da Polícia Civil de candidato demitido a bem do serviço público, após regular processo administrativo disciplinar.

8. Portanto, falece a tese de verossimilhança das alegações do autor da demanda, ora agravado, sendo necessária a reforma do *decisum*, porquanto o entendimento ora perfilhado, amparado em excertos do colendo STJ, é no sentido de reconhecer a legalidade da conduta adotada pela Administração Pública.

Agravo de Instrumento conhecido e provido, reformando a decisão interlocutória adversada para o fim de indeferir o pedido de antecipação de tutela formulado pelo Agravado, restabelecendo o ato que redundou em sua eliminação do concurso, até ulterior deliberação.

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 Agravo de Instrumento para DAR-LHE provimento, reformando a a decisão interlocutória, nos termos do voto do e. Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo ESTADO DO CEARÁ em face de decisão interlocutória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Ordinária ajuizada por ANTONIO CLAILTON ALVES contra o recorrente, que deferiu o pedido de antecipação da tutela para determinar a desconsideração da eliminação do promovente do Concurso da Polícia Civil do Estado do Ceará, bem como que se proceda a sua inscrição na Turma do Curso de Formação Profissional e, se aprovado, que seja possibilitada sua participação nas demais etapas do certame em igualdade de condições dos demais candidatos, até ulterior deliberação do juízo.

O agravante, às fls. 02/19, defende, em síntese, a inexistência de qualquer ilegalidade na eliminação do agravado, devendo ser mantido incólume o ato da administração pública, sob pena de grave mácula aos princípios da vinculação ao edital, da separação dos poderes e da isonomia. Assevera que "não se pode admitir, portanto, que um indivíduo que foi demitido da Polícia Militar do Estado do Ceará, por transgressão disciplinar de natureza grave, disponha da chancela estatal, investindo-se na qualidade de representante do Estado. Seria ignorar por completo o bem estar social, a probidade e o zelo pela coisa pública e o interesse público de provimento desses cargos por pessoas de conduta ilibada". Ademais, aduz que há previsão expressa, no edital do concurso, da fase de investigação social, bem como sua natureza eliminatória, contra a qual não podem se opor os candidatos. Por fim, sustenta a impossibilidade de revisão do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário e a necessária atribuição de efeito suspensivo à decisão concessiva da tutela antecipada na origem.

Em despacho (fls. 186), determinou-se a formação do contraditório antes da apreciação do pleito liminar.

O agravado apresentou sua resposta ao recurso às fls. 195/213, asseverando que foi aprovado na prova objetiva do certame, na colocação de nº 498º, com nota 73.50, todavia, teve seu pedido de inscrição no curso de formação indeferido, porque, aparentemente, não preenchia o exigido no item "c" do tópico 3.7.1 do Edital do Concurso Público. Defende a ilegalidade na conduta, considerando que, apesar de ter sido desligado dos quadros da Polícia Militar do Estado do Ceará por meio de um Processo Administrativo Disciplinar, tal procedimento ainda está em fase de Recurso de Reconsideração de Ato. Assim, defende a aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência e a inexistência de lesão ou dano ao Estado a justificar a procedência deste recurso na modalidade instrumental.

A douta Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer às fls. 215/222, no sentido de que seja desprovido o recurso para manter inalterada a decisão interlocutória recorrida.

É o relatório.

Feito que independe de revisão, por força do art. 34, §3º, do RITJCE.

Proceda-se com a devida inclusão em pauta para julgamento.

VOTO

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade recursal, conheço do presente recurso, vez que próprio e interposto tempestivamente, observadas as exigências constantes do art. 525, inc. I, do CPC, encontrando-se, pois, presentes os chamados requisitos intrínsecos e extrínsecos ao transpasse para a análise meritória.

Consoante relatado, a questão a ser dirimida por este Tribunal *ad quem*, nesta fase processual, consiste em averiguar se os fundamentos elencados na decisão interlocutória atacada são suficientes para possibilitar a participação do autor da demanda, ora agravado, nas demais fases do Concurso Público para o cargo de Inspetor da Polícia Civil do Estado do Ceará, inobstante tenha sido eliminado por ato administrativo que reconheceu o não cumprimento de exigência preconizada no Edital do Certame, a qual afastava o candidato que não apresentasse procedimento irrepreensível e idoneidade moral.

Em que pesem os argumentos tracejados pelo agravo, acatados pelo magistrado de origem, tem-se que, analisando detidamente a matéria trazida à discussão, merece provimento o agravo interposto pelo ESTADO DO CEARÁ, pelas razões a seguir expostas.

É cediço que existe farta jurisprudência no colendo Superior Tribunal de Justiça, bem como no excelso Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer que a incidência do princípio constitucional da presunção de inocência impossibilita que a Administração Pública exclua candidatos em concursos públicos pelo fato de responderem a inquérito policial ou ação penal antes do seu trânsito em julgado.

Contudo, esta não é a hipótese dos autos.

O cenário fático narrado por ambas as partes, ou seja, incontroverso na lide, aponta que o autor da ação ordinária, ora agravado, enquanto Policial Militar do Estado do Ceará, respondeu processo administrativo disciplinar, de acordo com a portaria nº 009/2011 (fls. 168/169), que culminou com a aplicação da pena de Demissão, consoante Boletim do Comando Geral nº 037 de 23 de fevereiro de 2012.

Nessa perspectiva, o candidato restou excluído do Concurso Público para o cargo de Inspetor da Polícia Civil do Estado do Ceará em consequência de previsão editalícia que previa a fase de investigação social e funcional como critério eliminatório em qualquer fase do certame, nos seguintes termos (fls. 117 e 85, respectivamente):

> EDITAL Nº 2/2012 – PC/CE, DE 2 DE ABRIL DE 2012.
> (...)
> 3.7.1 Os candidatos deverão comparecer, das 8 horas às 12 horas e das 13 horas às 17 horas, no período de 09 a 12 de abril de 2012, na sede da Academia Estadual de Segurança Pública (AESP), situado na Avenida Costa e Silva, nº 1.253 – Mondubim, munidos dos seguintes documentos:
> (…)
> c) declaração ou certidão de Órgãos ou entidades Públicas em que o candidato exerça ou tenha exercido cargo público, atestando que o mesmo não se encontra respondendo a procedimento administrativo-disciplinar, nem teve contra si pena de admissão, salvo em caso de abandono de cargo.
>
> EDITAL Nº 1/2012 – PC, DE 9 DE NOVEMBRO DE 2011.
> (...)
> 12. DA INVESTIGAÇÃO SOCIAL E FUNCIONAL
> (…)
> 12.2. Os candidatos serão submetidos a investigação social e funcional, que visa apurar se esses apresentam procedimento irrepreensível e idoneidade moral, nos termos definidos na Instrução Normativa nº 0001/2011 a que se refere o item anterior.
> 12.3. A Investigação Social e Funcional poderá ser realizada durante todo o concurso público para o ingresso na carreira de Policial Civil, desde a inscrição até a nomeação

Diante do quadro apresentado e da expressa previsão editalícia, a nosso entender, deve-se direcionar a presente discussão para o campo de outros princípios constitucionais, quais sejam o da legalidade, moralidade e razoabilidade.

O princípio da presunção de inocência, interpretado de forma absoluta pelo magistrado de origem, salvo melhor juízo, não tem o condão de impedir que a autoridade responsável exclua da participação do certame candidato que não tenha cumprido com o requisito de ostentar boa conduta, notadamente pelo fato de já ter respondido processo administrativo disciplinar que redundou no reconhecimento de prática de conduta de natureza grave incompatível com as suas funções, redundando na sua demissão a bem do serviço público.

Assim, a orientação firmada no egrégio Superior Tribunal de Justiça inclina-se a reconhecer a possibilidade de eliminação de candidato a concurso público para ingresso na carreira policial pela caracterização de má conduta na investigação da vida pregressa, admitindo como irrelevante posterior absolvição no juízo criminal.

Veja-se o precedente:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ELIMINAÇÃO DE CANDIDATO POR MÁ CONDUTA. CARREIRA POLICIAL. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. É constitucional e legal a eliminação de candidato a concurso público para ingresso na carreira policial pela caracterização de má conduta na investigação sumária da vida pregressa, sendo irrelevante posterior absolvição no juízo criminal, tendo em vista o princípio da incomunicabilidade das instâncias.
> 2. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no RMS 23.819/RO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2009, DJe 15/06/2009)

Com efeito, nesse momento processual, em que se está discutindo a concessão da tutela antecipada, não restou demonstrada qualquer conduta ilegal por parte da administração pública ao excluir do certame o ora agravado.

Isso porque há expressa previsão editalícia que ampara a verificação da vida pregressa do candidato como critério eliminatório em qualquer fase do certame.

Entender de forma diversa, implicaria em afronta direta ao princípio da isonomia, porquanto estar-se-ia afastando a norma editalícia, a qual todos os candidatos se sujeitaram, para determinar, em liminar, a exclusão de sua incidência apenas para o agravado, sem qualquer justificativa plausível.

Sobreleva ressaltar ainda que o ato administrativo impugnado pelo agravado, em análise inicial, respeitou o princípio da moralidade administrativa, pois, fulcrado nos padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, exaltados no art. 2º, parágrafo único, IV, da Lei nº. 9.784/1999, impediu o ingresso no quadro de Inspetor da Polícia Civil de candidato demitido a bem do serviço público, após regular processo administrativo disciplinar.

Consoante narrado, o ato de demissão foi perfectibilizado por ocasião da publicação do Boletim do Comando Geral nº 037 de 23 de fevereiro de 2012, restando apenas o julgamento da revisão ingressada pela parte prejudicada, endereçada ao Exmo.

Sr. Governador do Estado do Ceará, com fulcro no art. 102 da Lei nº 13.407/2003 (fls. 148/158).

O ingresso desse pedido de revisão da decisão administrativa citada não é suficiente para impedir a aplicação da pena de demissão, tampouco para suspender os efeitos dessa decisão.

Isso porque o pedido de revisão em processo administrativo disciplinar não é entendido como recurso, mas sim como o último meio conferido para a impugnação, na esfera administrativa, mediante processo autônomo, de decisão punitiva transitada em julgado, ou seja, para a qual não mais cabe nenhum recurso, seja ele o pedido de reconsideração, o recurso hierárquico ou qualquer outro.

É nesse sentido, inclusive, que não deve ser admitida a incidência do princípio da presunção de inocência no caso concreto para afastar os efeitos da pena de demissão imputado ao agravado e, por consequência, possibilitar a sua participação em novo concurso público, porquanto a perda do cargo de servidor estável, em decorrência de processo administrativo, encontra respaldo na própria Constituição Federal, em seu art. 41, §1º, II.

Logo, a pena de demissão imposta ao servidor público, ora agravado, está a surtir todos os seus efeitos, não havendo qualquer notícia nos autos que tenha sido concedida suspensividade à decisão administrativa. Assim, deve-se respeitar a cláusula editalícia que previa a exclusão do candidato que não apresentasse reputação compatível com o exercício da função de Inspetor da Polícia Civil, notadamente por ter-lhe sido atribuída pena de demissão em processo administrativo disciplinar anterior.

Portanto, falece a tese de verossimilhança das alegações do autor da demanda, ora agravado, sendo necessária a reforma do *decisum,*porquanto o entendimento ora perfilhado é no sentido de reconhecer a legalidade da conduta adotada pela Administração Pública.

Precedentes do colendo STJ:

> RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO DE CANDIDATO POR MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO PENAL. ATOS INCOMPATÍVEIS COM A DIGNIDADE DA FUNÇÃO PÚBLICA. REGRA PREVISTA NO EDITAL. LEGALIDADE. MORALIDADE. RAZOABILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1 - Em que pese a ampla devolutividade que marca o recurso ordinário, a jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de não ser possível a apreciação de questões suscitadas apenas por ocasião da sua interposição. Precedentes.

2 - Cabia ao autor, nos termos do art. 333 do CPC, a imediata prova do fato constitutivo do seu direito, mormente em se tratando de mandado de segurança, ação que não admite dilação probatória, mas desse ônus não se desincumbiu. Dessarte, na ausência de prova documental robusta que permita um juízo em contrário, presumem-se legítimos os atos praticados pela Administração, tanto mais quando validados pelo acórdão recorrido.

3 - **Não se desconhece a farta jurisprudência desta Corte, e também do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o princípio constitucional da presunção de inocência impede a exclusão de candidatos pelo simples fato de responderem a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado. Todavia, não é esta a hipótese dos autos - e nem mesmo o recorrente a invoca - porque o quadro fático delineado desde a exordial direciona a discussão para o campo de outros princípios (legalidade, moralidade e razoabilidade), estes, sim, os parâmetros que se mostram adequados, à luz dos fatos que deram origem ao ato impugnado.**

4 - A legalidade da exclusão do impetrante do rol dos aprovados é inconteste pois, como ele próprio admite, "é bem verdade que o edital do concurso é claro no sentido de que a investigação social terá caráter eliminatório e tem como objetivo verificar a vida pregressa do candidato".

5 - Ora, se é possível entender a moralidade administrativa como sendo a "atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé", tal como preconiza o art. 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 9.784/1999, nada há de imoral no ato administrativo que, calcado em expressa regra editalícia, já dantes conhecida, impede o ingresso, nas fileiras da Polícia Militar, de candidato com antecedentes criminais.

6 - Razoabilidade, tal como a apresenta a lei vigente, é "a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público" (Lei n. 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, inciso VI). À luz desse preceito, e tendo em mente as funções do policial militar, mostra-se indefensável a tese de que a exigência de certidão criminal negativa seria restrição maior do que aquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, até porque, por qualquer ângulo que se possa apreciar a questão, é certo que a razoabilidade se interpreta *pro societas*, e não em função dos interesses particulares.

7 - Os princípios jurídicos que o impetrante invoca em favor se sua pretensão, a saber, legalidade, moralidade e razoabilidade, são exatamente os preceitos que impedem o seu ingresso nos quadros da Força Policial.

8 - Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 33.183/RO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 21/11/2013)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. FATOS QUE CONFIGURAM CRIME. APURAÇÃO NA VIA CRIMINAL. EXCLUSÃO DO CERTAME. POSSIBILIDADE.

I - A investigação social, em concurso público, não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que porventura tenha praticado. Serve, também, para avaliar a sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira policial e de outras carreiras do serviço público não menos importantes.

II - As condutas apuradas pela Comissão de Investigação Social do concurso, as quais foram devidamente apuradas na esfera penal, tendo, algumas, sentença condenatória com trânsito em julgado, são incompatíveis com o que se espera de um policial militar, em cujas atribuições funcionais se destacam a preservação da ordem pública e manutenção da paz social.

III - O direito à ampla defesa, em concurso público, se materializa com a interposição de recurso administrativo, o qual, na espécie, não foi interposto pelo recorrente.

Recurso ordinário desprovido.

(RMS 22089/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 13/08/2007, p. 390)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. CONDUTA SOCIAL. INVESTIGAÇÃO. CURSO DE FORMAÇÃO. CRIME. APURAÇÃO. EXCLUSÃO. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IRRELEVÂNCIA. INCOMUNICABILIDADE DAS INSTÂNCIAS.

I - É causa justificadora da eliminação de candidato a concurso para o cargo de agente da Polícia Federal o fato de ele responder a processo penal na época da investigação de sua conduta social (art. 8º, I, do Decreto-Lei nº 2.320/87, regulamentado pela Instrução Normativa nº 3, de 30/11/92).

II - Posterior absolvição no juízo criminal por não haver prova da existência dos fatos é irrelevante, em decorrência do princípio da incomunicabilidade das instâncias, segundo o qual a sentença penal só vincula a esfera administrativa, quando o réu for absolvido por negativa de fato ou por negativa de autoria. Precedentes do STJ.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 750666/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2007, DJ 19/03/2007, p. 386)

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - APROVAÇÃO - EXCLUSÃO DA NOMEAÇÃO - POSSIBILIDADE - INDICIADO EM INQUÉRITO POLICIAL, POR PARTICIPAÇÃO EM CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - BOA CONDUTA SOCIAL NÃO DEMONSTRADA - PREVISÃO EDITALÍCIA.

1 - Embora o recorrente tenha sido aprovado no Concurso Público para o cargo de Primeiro-Sargento no Quadro de Praças Especialistas da Polícia Militar do Estado do Tocantins, não tem direito à nomeação. Isto porque, o recorrente não preenche os requisitos previstos no Edital nº 002/99, de 22.12.99, cujo item VI.2 estabelecia que os candidatos seriam submetidos a rigoroso levantamento da vida pretérita, podendo ter suas inscrições e demais atos anulados, caso não tivessem boa conduta social ou houvesse registro de antecedentes criminais. Ora, o recorrente figura como indiciado por participação em crime contra a Ordem Tributária (sonegação de impostos e desvio de recursos públicos), não tendo demonstrado nos autos sua alegada boa conduta social.

2 - Ademais, na via processual constitucional do mandado de segurança, a liquidez e a certeza do direito devem vir demonstradas *initio litis*. Não comporta a análise da falsidade de Certidão Policial apresentada pela Delegacia Estadual de Crimes contra a Fazenda Pública e Economia Popular. Para tanto, é necessário dilação probatória, possível somente na via ordinária. Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão.

3 - Recurso conhecido, porém, desprovido.

(RMS 15260/TO, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2003, DJ 08/03/2004, p. 279)

Por todo o exposto, com fulcro nos precedentes citados, conheço do Agravo de Instrumento para dar-lhe provimento, reformando a decisão interlocutória adversada para o fim de indeferir o pedido de antecipação de tutela formulado pelo Agravado, restabelecendo o ato que redundou em sua eliminação do concurso, até ulterior deliberação.

É como voto.

Fortaleza, 07 de maio de 2014

AGRAVO DE INSTRUMENTO: 0620790.26.2014.8.06.0000
AGRAVANTE: PAULO EVANGELISTA DE PAULA
AGRAVADO: ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO APÓS PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. PRECEDENTES STF E STJ. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E PERIGO DA DEMORA EVIDENCIADOS. RECURSO PROVIDO.

1. O agravante pretende que lhe seja deferido o pleito de antecipação de tutela com o fito de ver suspensos os efeitos do ato demissional lavrado pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estrado do Ceará até o fim do trâmite da Ação Anulatória de Ato Administrativo, sob o argumento de que o Processo Administrativo Disciplinar encontra-se eivado de nulidades, as quais seriam suficientes para macular o ato administrativo que redundou no seu desligamento dos quadros da Administração Pública Estadual.

2. De fato, em respeito ao princípio da legalidade e de forma a impedir o exercício arbitrário da prática de atos administrativos imotivados, não é assegurado ao Administrador Público, sob pena de afronta inclusive ao princípio da impessoalidade, a possibilidade de desrespeitar o devido processo legal e outras garantias asseguradas pela Constituição Federal aos servidores públicos aprovados em concurso público e legitimamente convocados.

3. Na hipótese dos autos, diferente do que resta afirmado pela decisão agravada, os documentos que formam o presente instrumento não esclarecem, de modo inequívoco, a concreta

preservação das faculdades processuais da parte recorrente, sobretudo no que pertine ao devido processo legal, no qual se possibilite o contraditório e o amplo exercício da defesa.

4. Ressalte-se que a ampla defesa não deve ser entendida sob o aspecto meramente formal, ou seja, não é suficiente, para se considerar respeitado esse princípio constitucional, a simples intimação do servidor público para participar dos atos inatos ao Processo Administrativo Disciplinar.

5. É necessário, na verdade, que a Administração Pública, na elaboração do relatório final, enfrente todos os argumentos suscitados pela acusação e pela defesa, a fim de fazer a correta subsunção dos fatos apurados à penalidade administrativa correspondente, sob pena de eivar de nulidade o ato conclusivo de aplicação de sanção ao servidor público. Precedentes STF e STJ.

6. Como, no caso dos autos, há indícios de que não foram considerados, no Relatório Conclusivo da Comissão Processante, tampouco no ato administrativo impugnado que culminou com a demissão do servidor público, os argumentos e provas elaborados pelo recorrente, é possível que, ao final da instrução, conclua-se pelo reconhecimento de suas nulidades, o que, sem sombra de dúvidas, caso não seja imediatamente reintegrado o servidor até o deslinde da ação anulatória, lhe causará danos irreversíveis.

7. Demonstrado, portanto, o preenchimento dos requisitos da verossimilhança das alegações e do perigo da demora, deve o presente recurso ser provido no sentido de suspender, até o fim do trâmite da ação anulatória, os efeitos do ato administrativo que culminou com a aplicação da pena de demissão ao servidor, devendo, por conseguinte, ser o agravante imediatamente reintegrado às suas funções, em lotação a ser designada pela Administração Pública, obedecendo os critérios de conveniência e oportunidade.

Agravo de Instrumento conhecido e provido. Decisão interlocutória reformada.

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 Agravo de Instrumento para DAR-LHE provimento, reformando a decisão interlocutória vergastada, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por PAULO EVANGELISTA DE PAULA contra decisão interlocutória prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 15ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que indeferiu o pleito de antecipação de tutela nos autos da Ação Anulatória de Ato Administrativo ajuizada pelo Agravante em face do ESTADO DO CEARÁ, ora agravado.

A douta magistrada de piso, por entender ausentes os requisitos para a concessão da medida, indeferiu a antecipação de tutela, a qual visava, em suma, a suspensão do ato de demissão do autor, ora agravante, para consequente reintegração ao serviço público ou o sobrestamento do feito administrativo em favor da tramitação do processo criminal instaurado com base nos mesmos fatos que ensejaram o Processo Administrativo Disciplinar.

Em suas razões recursais (fls. 01/19), o agravante sustenta que exercia o cargo de Fiscal Adjunto da Secretaria da Fazenda desde o ano de 1993, quando, em 23 de janeiro de 2012, após a instauração e o processamento de Processo Administrativo Disciplinar, foi demitido do serviço público estadual por decisão de lavra do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Ceará que acolheu integralmente o relatório da 2ª Comissão Processante da Procuradoria de Processo Administrativo-Disciplinar (PAD), da Procuradoria Geral do Estado do Ceará, por suposta transgressão ao art. 199, IX, da Lei Estadual nº 9.826/74.

Contudo, defende que a prova colimada nos autos do PAD é suficiente para demonstrar que foi vítima de um flagrante montado, o que, por si, eiva de nulidade o ato demissional. Ademais, assevera que a decisão administrativa é nula de pleno direito, porquanto apresenta precária fundamentação e motivação, bem como por desrespeitar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Por fim, aduz que o suposto cometimento de crime pelo Agravante ainda está sendo apurado na via judicial, não se podendo concluir, por via administrativa, a sua ocorrência.

Assim, requer a concessão de efeito suspensivo ativo para o fim de que seja reintegrado ao serviço público até o fim do trâmite do processo originário.

Às fls. 1052/1053, proferi despacho reservando-me para apreciar o pleito antecipatório para após a formação do contraditório.

O Estado do Ceará apresentou contraminuta ao Agravo de Instrumento às fls. 1061/1087, defendendo, em síntese, que houve respeito à separação de instância e ao princípio da legalidade e da proporcionalidade, bem como da ampla defesa e do devido processo legal, razão pela qual permanece sem embasamento a pretensão autoral, devendo ser, portanto, desprovido o recurso.

Às fls. 1093/1098, a douta Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer de mérito, opinando pelo desprovimento do agravo e consequente manutenção da decisão de origem.

É o relatório.

Feito que independe de revisão.

À Secretaria da 6ª Câmara Cível para a devida inclusão em pauta para julgamento.

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade recursal, conheço do presente Agravo de Instrumento.

Ab initio, importa salientar que, neste momento, em sede de Agravo de Instrumento, não se está adentrando ao mérito propriamente dito acerca do ato administrativo que redundou no desligamento do servidor, sob pena de caracterização de indevida supressão de instância, mas apenas se houve alguma nulidade no procedimento apta a macular o processo administrativo e possibilitar o retorno do agravante ao exercício de suas funções até o julgamento definitivo da lide.

Consoante relatado, o agravante pretende, através deste Agravo de Instrumento, que lhe seja deferido o pleito de antecipação de tutela com o fito de ver suspensos os efeitos do ato demissional lavrado pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estrado do Ceará até o fim do trâmite da Ação Anulatória de Ato Administrativo perante a 15ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza.

Primeiramente, cumpre-se asseverar que, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0100854-14.2010.8.06.0000, sob a relatoria do e. Des. Manoel Cefas Fonteles Tomaz, esta colenda 6ª Câmara Cível já enfrentou a matéria tratada no presente Agravo de Instrumento.

Naquela oportunidade, o Sr. Paulo Evangelista de Paula, ora recorrente, interpôs Agravo de Instrumento visando combater a decisão interlocutória proferida, desta feita, nos autos da Ação Cautelar Inominada nº 0123348-64.2010.8.06.0001.

Ou seja, a diferença entre os dois Agravos de Instrumento interpostos reside no fato de que, naquele primeiro recurso, impugnava-se uma decisão interlocutória proferida em Ação Cautelar, enquanto que, neste momento, o recorrente se insurge contra o indeferimento da tutela antecipada pretendida nos autos da Ação Anulatória de Ato Administrativo.

Contudo, não obstante já tenha sido abordada a matéria acerca de possível nulidade do procedimento administrativo disciplinar por esta Turma Recursal, após acurada análise dos questionamentos suscitados pelas partes, conclui-se que, salvo melhor juízo, deve ser revisto o posicionamento outrora firmado, de forma a adequar a jurisprudência desta 6ª Câmara Cível aos precedentes mais recentes oriundos dos Tribunais Pátrios, notadamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

É sabido que, em respeito ao princípio da legalidade e de forma a impedir o exercício arbitrário da prática de atos administrativos imotivados, não é assegurado ao Administrador Público, sob pena de afronta inclusive ao princípio da impessoalidade, a possibilidade de desrespeitar o devido processo legal e outras garantias asseguradas pela Constituição Federal aos servidores públicos aprovados em concurso público e legitimamente convocados.

Apreciando a questão, Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

> "O STF já teve oportunidade de decidir que, quando forem afetados interesses individuais" a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseja a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada". Observa-se dos dizeres do aresto ter sido considerada indevida a anulação de ato administrativo por falta de oportunidade conferida aos interessados, de contraditar e rechaçar os motivos que justificaram a conduta invalidatória." (*in* Manual de Direito Administrativo, 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 136-137).

Reportando-se a hipótese dos autos, diferente do que resta afirmado pela decisão agravada, os documentos que formam o presente instrumento não esclarecem, de modo inequívoco, a concreta preservação das faculdades processuais da parte recorrente, sobretudo no que pertine ao devido processo legal, no qual se possibilite o contraditório e o amplo exercício da defesa.

Isso porque, não se apresentam tais preceitos como garantias meramente formais. Ao contrário, a garantia do devido processo legal tem substancial relevância no ordenamento jurídico pátrio, impondo ao administrador o dever de assegurar ao servidor público indiciado em procedimento administrativo disciplinar o mais amplo e irrestrito direito de promover sua defesa.

Na medida do que já fora ressaltado acima, é por demais consabido ser necessário o devido processo legal para a exoneração/demissão de servidores concursados e nomeados para cargo efetivo.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento pela necessidade de prévio processo administrativo, em que restem asseguradas todas as garantias constitucionais, notadamente a ampla defesa, para que seja possível a demissão de servidor público aprovado em concurso, conforme se extrai da súmula que segue:

> **"**Súmula 20 – É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário público admitido por concurso".

Consoante já afirmado, a ampla defesa não deve ser entendida sob o aspecto meramente formal, ou seja, não é suficiente, para se considerar respeitado esse princípio constitucional, a simples intimação do servidor público para participar dos atos inatos ao Processo Administrativo Disciplinar.

É necessário, na verdade, que a Administração Pública, na elaboração do relatório final, enfrente todos os argumentos suscitados pela acusação e pela defesa, a fim de fazer a correta subsunção dos fatos apurados à penalidade administrativa correspondente, sob pena de eivar de nulidade o ato conclusivo de aplicação de sanção ao servidor público.

Esse raciocínio, inclusive, já foi exarado no Excelso Pretório, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 434.059/DF. Na oportunidade, o Min. Gilmar Mendes, enquanto relator, utilizando-se, inclusive, do direito comparado, asseverou que o direito ao exercício da ampla defesa não é consequência apenas do direito à manifestação e à informação, mas também de a parte ver seus argumentos devidamente enfrentados, mesmo que para rechaçá-los, pelo órgão responsável pelo julgamento. Por oportuno, colaciona-se trecho do voto proferido:

> Na realidade, há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (MIRANDA,

Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição Federal de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. V, p. 234).

Observe-se que não se cuida aqui, sequer, de inovação doutrinária ou jurisprudencial. Já o clássico João Barbalho, nos seus Comentários à Constituição de 1981, asseverava que "com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente inadmissíveis os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem o acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas" (CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. Constituição Federal Brasileira: Comentários. Rio de Janeiro: Litho-Typographia, 1902, p. 323)

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *"Anspruch auf rechtliches Gehör"*(pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala a Corte Constitucional que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BverfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II,* . p. 286; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. *Einführung in das Staatsrecht.* . ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Daí afirmar-se, corretamente, que a *pretensão à tutela jurídica,* corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

(I) - *direito de* ção (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes.

(II) - *direito de manifestação* (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo (cf. Decisão Corte Constitucional – BverfGE 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMAN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz- Kommentar,* . 103, v. IV, nº 97)

(III) - *direito de ver seus argumentos considerados* (*Recht auf Berücksiichtingung*), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeut und Aufnahmebereistschaft*) para contemplar as razões apresentadas (cf. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht*II, cit p. 286; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christopg. *Eiführung in das Staatsrecht,* . p. 363-364, ver, também, DÜRIG/ASSMAN. In: MAUZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar,* . 103, v. IV, nº 85-99).

É nesse sentido que exsurgem os requisitos necessários para a concessão da tutela objetivada pelo recorrente, quais sejam, a verossimilhança das alegações e o perigo da demora.

Como, no caso dos autos, há indícios de que não foram considerados, no Relatório Conclusivo da Comissão Processante, tampouco no ato administrativo impugnado que culminou com a demissão do servidor público, os argumentos e provas elaborados pelo recorrente, é possível que, ao final da instrução, conclua-se pelo reconhecimento de suas nulidades, o que, sem sombra de dúvidas, caso não seja imediatamente reintegrado o servidor até o deslinde da ação anulatória, lhe causará danos irreversíveis.

Nessa perspectiva, o e. Min. Gilmar Mendes, de forma a conferir ampla aplicação ao entendimento sufragado, concluiu, ainda no corpo do voto supracitado, a plena incidência do raciocínio dispendido aos processos administrativos, *in verbis:*

> Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar,* . 103, v. IV, nº 97)
>
> Entende-se que o direito à defesa e ao contraditório tem plena aplicação não apenas em relação aos processos judiciais, mas também em relação aos procedimentos administrativos de forma geral.

Em caso similar, em que pairavam dúvidas acerca da legalidade do Processo Administrativo Disciplinar diante de fundamentação deficiente no ato administrativo, o colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 19.447/DF, sob a Relatoria do e. Min. Mauro Campbell Marques, também manifestou-se pela manutenção de decisão liminar que havia determinado a suspensão do ato de demissão de servidor público. Veja-se o teor da ementa:

> STJ - PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. COGNIÇÃO SUMÁRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. DEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
>
> 1. Insurge-se a União contra decisão liminar que determinou a suspensão imediata do ato de demissão do impetrante do cargo de Fiscal de Derivados

de Petróleo e Outros Combustíveis do Quadro de Pessoal da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, , após a apuração em processo administrativo disciplinar de conduta irregular por ele cometida, que, durante o período em que estava de licença médica para tratamento de problemas de saúde, utilizou motorista e do veículo locado pela ANP, que estavam à sua disposição.

2. No caso examinado, ainda que em cognição sumária, ressoa certa dúvida sobre a justeza do ato que culminou na demissão do servidor público, máxime porque a Comissão Processante manifestou-se tão-somente pela aplicação de pena de suspensão, consignando os bons antecedentes do impetrante, bem como a sua boa-fé ao admitir o uso do veículo oficial durante o período de licença médica e a sua fragilidade em função de seu estado de saúde, à época do ocorrido.

3. Por outro lado,há firme jurisprudência nesta Corte Superior que sinaliza pela ilegalidade de demissão amparada nos Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, por infringir os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedente: MS 10950 / DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção,DJe 01/06/2012; MS 13341 / DF, rel.

Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado), Terceira Seção, DJe 04/08/2011; MS 12991 / DF, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 03/08/2009.

4. Ademais, pela análise da documentação juntada aos autos, verifica-se que não há no Processo Administrativo Disciplinar qualquer menção à prática de outras condutas irregulares que pudessem interferir na convicção de que se trata de servidor público possuidor de bons antecedentes. Sob esse ângulo, vislumbro a existência de plausibilidade do direito invocado.

5. Em relação ao perigo da demora, compreendo existir na medida em que o impetrante é acometido de grave enfermidade, e que se encontra e já se encontrava, quando da edição do ato ora impugnado, afastado do serviço público por licença para tratamento de saúde, sendo que a remuneração percebida é essencial ao custeio do tratamento necessário para sua sobrevivência.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no MS 19.447/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 02/04/2013)

Sob esse enfoque, havendo indícios de que a demissão em debate foi efetivada sem a observância do princípio da ampla defesa, o qual é indispensável para a exoneração de servidores concursados e nomeados para cargo efetivo, nos termos dos precedentes citados, deve-se, por ser ato menos gravoso à situação posta nos autos, suspender os efeitos do ato administrativo que redundou na demissão do agravante até o fim do trâmite da ação anulatória.

Ademais, sobreleva ressaltar que a lotação do servidor deverá ser resolvida pela própria Administração Pública, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade.

Em relação às verbas remuneratórias do período em que o servidor restou afastado de suas funções, cumpre salientar que serão deliberadas após a conclusão da instrução na origem, não sendo possível ser autorizado, nesse momento, o levantamento de qualquer importância pelo agravante.

Ante o exposto, preenchidos os requisitos autorizadores da concessão da tutela requestada, voto pelo conhecimento e provimento do recurso interposto, no sentido de suspender, até o fim do trâmite da ação anulatória, os efeitos do ato administrativo que culminou com a aplicação da pena de demissão ao servidor, devendo, por conseguinte, ser o agravante imediatamente reintegrado às suas funções, em lotação a ser designada pela Administração Pública, obedecendo os critérios de conveniência e oportunidade.

É como voto.

Fortaleza, 13 de agosto de 2014.

PROCESSO Nº 0029169-39.2013.8.06.0000
AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: BANCO RURAL S/A
AGRAVADA: RIVANILDA PEREIRA SEDRIM
AÇÃO DE ORIGEM: IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA
JUÍZO DE ORIGEM: JUÍZO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE MISSÃO VELHA
RELATORA: DESA. TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. VALOR DA CAUSA. SOMA DOS PEDIDOS REQUERIDOS NA EXORDIAL. ARTS. 258 e 259, II, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

1. De acordo com o que dispõem os arts. 258 e 259, II, do CPC, o valor da causa deve ser certo, sendo aquele benefício pretendido na Ação Principal.

2. A Recorrida pleiteia indenização por danos materiais e morais em desfavor do Banco Rural S/A e da Sra. Maria Liziê Romão Pereira. No caso, o valor da causa deve ser a soma dos pedidos requeridos na inicial, isto é, R$ 223.774,03 (duzentos e vinte e três mil, setecentos e setenta e quatro reais e três centavos).

3. Não merece prosperar a alegação do Agravante de que o valor da causa deveria ser o *quantum* do suposto contrato de empréstimo celebrado entre as partes, uma vez que o cerne do litígio não se refere à existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, mas sim, o direito da Agravada de ser indenizada pelos danos materiais e morais por eventuais atos praticados pelo Agravante e a Sra. Maria Liziê Romão Pereira.

4. Recurso conhecido e improvido. Decisão mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 0029169-39.2013.8.06.0000, em que figuram as partes acima indicadas.

ACORDAM os membros integrantes da 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, de acordo com o voto da Desembargadora Relatora.

Fortaleza, 1º de outubro de 2014

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo **BANCO RURAL S/A** em face da decisão proferida pelo MM Juiz de Direito Vara Única da Comarca de Missão Velha, que, nos autos da Impugnação ao Valor da Causa nº 3812-70.2013.8.06.0125/0 (apenso ao processo nº 3693-80.2011.8.06.0125/0), julgou improcedente o pedido requerido na exordial (fls. 20/21).

Alega, em síntese, que a Agravada ajuizou Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais em desfavor do Banco Rural S/A e da Sra. Maria Liziê Romão Pereira. Na inicial, a Agravada afirma que a Sra. Maria Liziê Romão Pereira, que se dizia agente financeiro, teria enviado seus dados ao Agravante, que, sem a sua autorização, realizou descontos indevidos em seu contracheque. A Recorrida ressalta, ainda, que não assinou documento ou celebrou qualquer contrato de empréstimo junto ao Agravante a ensejar os referidos descontos.

Assevera o Agravante que a Agravada atribuiu à causa o valor de R$ 223.774,03 (duzentos e vinte e três mil, setecentos e setenta e quatro reais e três centavos), referente à soma do pedido de indenização por dano moral e material requerido na inicial.

Sustenta, ainda, que é indevido esse valor atribuído à causa, por ser exorbitante, porquanto, segundo o Recorrente, deveria ser fixado em R$ 11.483,63 (onze mil, quatrocentos e oitenta e três reais e sessenta e três centavos), que seria o *quantum* do suposto contrato de empréstimo celebrado entre as partes.

Por fim, requer a concessão de efeito suspensivo, bem como o provimento do presente Agravo, para que seja reformada a decisão vergastada, no sentido de ser atribuída à causa o valor de R$ 11.483,63 (onze mil, quatrocentos e oitenta e três reais e sessenta e três centavos).

Às fls. 96, o Excelentíssimo Desembargador, na época Relator do presente feito, reservou-se à análise do pedido de efeito suspensivo após prestadas as informações pelo MM. Juiz da causa e apresentadas as contrarrazões por parte da Agravada.

Conforme a certidão de fls. 99, transcorreu *in albis* o prazo sem que nada tenha sido apresentado ou requerido pela Agravada.

O Juiz *a quo* prestou suas informações às fls. 107/109.

Os autos vieram-me conclusos para julgamento (fls. 118).

É o breve relatório. Sem revisão. Peço data para julgamento.

Fortaleza, 23 de setembro de 2014

VOTO

Conheço deste Agravo de Instrumento, conforme juízo de admissibilidade recursal positivo.

O Banco, ora Agravante, visa à reforma da decisão que julgou improcedente à impugnação ao valor da causa, para que seja atribuído a ela o valor do contrato de empréstimo supostamente celebrado entre as partes - R$ 11.483,63 (onze mil, quatrocentos e oitenta e três reais e sessenta e três centavos). A Recorrida, por sua vez, defende que o valor da causa deverá ser a soma dos danos materiais e morais requeridos na inicial, totalizando R$ 223.774,03 (duzentos e vinte e três mil, setecentos e setenta e quatro reais e três centavos).

De acordo com o que dispõem os arts. 258 e 259, II, do CPC, o valor da causa deve ser certo, correspondendo ao benefício pretendido na Ação Principal. No caso, considerando que a Recorrida pleiteia indenização por danos materiais e morais, entendo que o valor da causa deve ser a soma das quantias requeridas na inicial, isto é, R$ 223.774,03 (duzentos e vinte e três mil, setecentos e setenta e quatro reais e três centavos). Veja-se:

> Art. 258. A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato.
> Art. 259. O valor da causa constará sempre da petição inicial e será:
> I- (...)
> II- havendo cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;
> (...)

Sobre a matéria, os Tribunais Locais vêm entendendo da seguinte forma:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. DANO MORAL E MATERIAL. VALOR DA CAUSA CORRESPONDENTE APENAS AO VALOR PLEITEADO A TÍTULO DE DANOS MATERIAIS. IMPUGNAÇÃO ACOLHIDA.
> **1. DISPÕE O ARTIGO 258 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL QUE A TODA CAUSA SERÁ ATRIBUÍDO UM VALOR CERTO, AINDA QUE NÃO TENHA CONTEÚDO ECONÔMICO IMEDIATO. AINDA SOBRE O TEMA, O ARTIGO 259 DO CPC ESTABELECE QUE, HAVENDO CUMULAÇÃO DE PEDIDOS, HIPÓTESE DOS AUTOS, O VALOR DA CAUSA CORRESPONDERÁ À SOMA DOS VALORES DE TODOS ELES.**
> **2. NO CASO VERTENTE, EMBORA UM DOS PEDIDOS DA AUTORA TENHA NATUREZA DE DANO MORAL, CUJO VALOR DA INDENIZAÇÃO ENCONTRA-SE RESERVADO AO ARBÍTRIO DO JUIZ, O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PACIFICOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, SE, NAS AÇÕES POR COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL, HÁ INDICAÇÃO CLARA NA PETIÇÃO INICIAL DO BENEFÍCIO ECONÔMICO PRETENDIDO NA DEMANDA, A ESTE DEVE CORRESPONDER O VALOR DA CAUSA, NÃO PODENDO SER ATRIBUÍDO VALOR MENOR**.
> 3. RECURSO PROVIDO PARA ACOLHER A IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA.
> (TJ-DF - AI: 150643520108070000 DF 0015064-35.2010.807.0000, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 10/11/2010, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 23/11/2010, DJ-e Pág. 108). Grifos nossos.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANO MORAL E MATERIAL - VALOR DA CAUSA - SOMA DOS PEDIDOS - RECURSO IMPROVIDO.
> **1 - Quando houver cumulação de pedidos, o valor da causa corresponderá à soma dos pedidos formulados na exordial.**
> (TJ-ES - AI: 24049006075 ES 24049006075, Relator: ALINALDO FARIA DE SOUZA, Data de Julgamento: 29/06/2004, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/10/2004). Grifos nossos.

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. **DANOS MORAL E MATERIAL VALOR DA CAUSA.**
> **Deve equivaler à quantia que está sendo pleiteada pelo Requerente, por se tratar de pedido determinado, e não àquela que poderá vir a ser estabelecida pela sentença como devido no caso de procedência da pretensão.** Agravo não provido

(TJ-SP - AI: 1033125300 SP, Relator: Irineu Pedrotti, Data de Julgamento: 17/05/2006, 34ª Câmara do D. SÉTIMO Grupo (Ext. 2° TAC), Data de Publicação: 24/05/2006). Grifos nossos.

Ademais, não merece prosperar a alegação do Agravante de que o valor da causa equivale ao valor do contrato de empréstimo, uma vez que o cerne do litígio não se refere à existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão do negócio jurídico, mas sim a pretensão da Agravada à possível indenização por danos materiais e morais advindos de eventuais atos praticados pelo Agravante.

Ressalte-se que o direito indenizatório pleiteado ainda se encontra sob apreciação judicial nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais nº 3693-80.2011.8.06.0125/0, em tramitação no primeiro grau.

Ante o exposto, conheço do presente Agravo de Instrumento para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão vergastada.

É como voto.

Fortaleza, 1º de outubro de 2014

PROCESSO: 0624901-53.2014.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: MARIA LILIANE RÔLA BARROSO
AGRAVADO: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ALEGATIVA DE PRESCRIÇÃO E IRREGULARIDADE NO REDIRECIONAMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA TEMPESTIVAMENTE. CITAÇÃO DO REPRESENTANTE DA EMPRESA OCORRIDA ANTES DA DATA DA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA. NOMES REGISTRADOS DA CDA. MATÉRIAS DE DEFESA. ART. 135, *CAPUT*, CTN. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. FALÊNCIA DA SOCIEDADE. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE. VIABILIDADE DO PROSSEGUIMENTO DA EXCECUÇÃO FISCAL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A presente lide gira em torno da discussão da alegativa de prescrição e da irregularidade do redirecionamento da cobrança dos créditos das obrigações tributárias, com apoio nos arts. 174 e 135, III, do CTN, em torno da execução fiscal empreendida pela Fazenda Pública do Estado do Ceará em face de Maria Liliane Rôla Barroso.

2. Os créditos tributários, ora executados, foram inscritos na dívida ativa em 21 de setembro de 2000 e 14 de dezembro de 2001, termo em que começou a contar o prazo prescricional para a cobrança, de acordo com o art. 174, *caput*, do CTN.

3. A execução fiscal fora ajuizada em 20/05/2002 e o

representante da empresa fora citado em 08/10/2002, ou seja, dentro do prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 174 do CTN, conforme redação anterior ao advento da LCP nº. 118/2005.

4. As certidões de dívida ativa registram como corresponsáveis, dentre outros sócios, a pessoa da agravante. Ora, a persecução probatória dos atos praticados pelos sócios não pode ser perscrutada em sede de exceção de pré-executividade, uma vez que tal incidente somente se volta a discussões sobre matérias de ordem pública.

5. Súmula nº. 393, STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória" (DJe 07/10/2009).

6. Incumbe ao sócio, cujo nome consta da CDA, o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, de que não houve a prática de atos "com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos". Precedentes (REsp 1104900/ES, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 01/04/2009, sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC).

7. A dissolução da pessoa jurídica através de falência não constitui, por si só, fato obstativo do prosseguimento da execução fiscal contra os sócios cujos nomes figuram na CDA. Precedentes.

8. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e negar provimento ao agravo de instrumento nº. 0624901-53.2014.8.06.0000, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 4 de fevereiro de 2015

RELATÓRIO

Cogita-se de agravo de instrumento interposto por Maria Liliane Rôla Barroso. em face da decisão do MM. Juiz de Direito da 5ª Vara de Execuções Fiscais e de Crimes Contra a Ordem Tributária da Comarca de Fortaleza – CE, que rejeitou a exceção de pré-executividade.

Em sua minuta, fls. 01/11, a agravante aduz que a decisão agravada não conheceu da prescrição do crédito em relação à agravante, bem como não conheceu da ilegitimidade da recorrente, uma vez inexistentes os requisitos do art. 135, do Código Tributário Nacional, em razão da decretação de falência do contribuinte em débito.

Discorre que houve erro no julgado quanto a cognição da matéria prescricional, uma vez que o Magistrado entendeu que o prazo de 5 (cinco) anos deveria ser contado da citação da pessoa jurídica executada, possibilitando-se o redirecionamento da execução em face dos sócios ou corresponsáveis, e não para promover-lhes a citação.

Assevera que a citação da agravante somente se operou na data de 28/10/2012, após comparecimento espontâneo nos autos, sendo inegável a transcorrência do prazo legal e da omissão da Fazenda, refletindo na prescrição da execução em relação a recorrente.

Destaca, também, que o pedido de redirecionamento da execução se deu com apoio no art. 135, III, do CTN, fundado na presunção de dissolução irregular da empresa, contudo o que de fato ocorreu foi a decretação de falência da sociedade, a qual não autoriza o redirecionamento da execução fiscal.

Ao término, requer a atribuição do efeito suspensivo ao recurso e, no mérito, roga pelo provimento do presente agravo, reconhecendo-se a prescrição em relação à agravante ou a impossibilidade de redirecionamento da execução contra sua pessoa.

Documentos às fls. 12/129.

Em despacho de fls. 134, apresentei reserva à apreciação da súplica liminar para após a formação do contraditório.

O Estado do Ceará apresenta suas razões adversativas, fls. 137/143, aduzindo que as alegativas recursais não merecem guarida, pois a contagem do prazo prescricional se dá da data da constituição definitiva do crédito tributário, interrompendo-se pelo despacho que ordenar a citação em execução fiscal, nos termos do art. 174 do CTN.

Aponta que na data em que foi citada a executada, anterior ao advento da LCP nº. 118/2005, a prescrição era interrompida pela citação válida, que fora

regularmente realizada em outubro de 2002, não havendo que se falar em prescrição no caso em concreto.

Alega, ainda, que a responsabilidade e legitimidade dos sócios para constar no polo passivo da execução goza de presunção de certeza e liquidez, uma vez que seus nomes constam nas CDA's como corresponsáveis pelo débito.

Em conclusão, requer que este Tribunal mantenha a decisão ordinária que rejeitou a exceção de pré-executividade ajuizada pela agravante.

Informações prestadas pelo Juízo *a quo*, fls. 145/146.

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

A presente lide gira em torno da discussão da alegativa de prescrição e da irregularidade do redirecionamento da cobrança dos créditos das obrigações tributárias, com apoio nos arts. 174 e 135, III, do CTN, em torno da execução fiscal empreendida pela Fazenda Pública do Estado do Ceará em face de Maria Liliane Rôla Barroso.

No que concerne a argumentação de prescrição do crédito tributário, observa-se que as dívidas, ora executadas, CDA nº. 2000.04110-8; CDA nº. 2001.05717-2 e CDA nº. 2001.05716-4, foram inscritas na execução fiscal em 21 de setembro de 2000 e 14 de dezembro de 2001, respectivamente, termo em que começou a contar o prazo prescricional para a cobrança dos créditos tributários, de acordo com o art. 174, *caput*, do CTN.

De fato, conforme documentação às fls. 28/30, pode-se observar que as certidões da dívida ativa, encontram-se em nome de LIDEMA – Comércio e importação Ltda., e registram o débito de R$ 436.038,56 (quatrocentos e trinta e seis mil, trinta e oito reais e cinquenta e seis centavos) em relação à CDA nº. 2001.05717-2; R$ 686.039,47 (seiscentos e oitenta e seis mil, trinta e nove reais e quarenta e sete centavos) em relação à CDA nº. 2000.04110-8 e R$ 10.561,96 (dez mil, quinhentos e sessenta e um reais e noventa e seis centavos) em relação à CDA nº. 2001.05716-4, e foram lançadas na dívida ativa estadual conforme as datas supramencionadas.

Pode-se observar que o representante da empresa fora citado da execução fiscal em 08/10/2002, cf. fl. 36 dos autos do presente instrumento.

Ora, a redação primordial do art. 174, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional, anterior a modificação dada pela Lei Complementar nº. 118, de 09 de fevereiro de 2005, possibilitava a interrupção da prescrição com a citação pessoal do devedor nos autos da execução fiscal, o que ocorreu no caso em apreço. Ademais, a execução fiscal fora ajuizada em 20/05/2002, ou seja, dentro do prazo prescricional de cinco anos previsto no dispositivo legal.

Neste sentido, colaciono jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que se adequa perfeitamente ao caso em exame:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE ATRIBUI, À EXEQUENTE, A RESPONSABILIDADE PELA DEMORA NA CITAÇÃO. ART. 219, § 1º, DO CPC. INAPLICABILIDADE. OBSERVÂNCIA DA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.
> I. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 999.901/RS (Rel.
> Ministro LUIZ FUX, DJe de 10/06/2009), sob o rito do art. 543-C do CPC, adotou as seguintes premissas a respeito da interrupção da prescrição, para cobrança de créditos tributários: (a) na vigência da redação original do inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, o despacho judicial ordenador da citação, por si só, não possuía o efeito de interromper a prescrição, pois se impunha a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o parágrafo único do mencionado art. 174 do CTN; (b) a Lei Complementar 118/2005, que alterou o art. 174 do CTN, o fez para atribuir, ao despacho do juiz que ordenar a citação, o efeito interruptivo da prescrição. Porém, a data desse despacho deve ser posterior à entrada em vigor da mencionada Lei Complementar, sob pena de indevida retroação da novel legislação; (c) a Lei de Execução Fiscal, em seu art. 8º, III, prevê que, não se encontrando o devedor, seja feita a citação por edital, que tem o condão de interromper o lapso prescricional.
> II. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 1.120.295/SP (Rel.
> Ministro LUIZ FUX, DJe de 21/05/2010), igualmente sob o rito do art.
> 543-C do CPC, assim se pronunciou sobre a aplicabilidade das disposições do art. 219 do CPC às Execuções Fiscais para cobrança de créditos tributários: (a) o CPC, no § 1º de seu art. 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que significa dizer que, em Execução Fiscal para a cobrança de créditos tributários, o marco interruptivo da prescrição, atinente à citação pessoal feita ao devedor (quando aplicável a redação original do inciso I do parágrafo único do art.
> 174 do CTN) ou ao despacho do juiz que ordena a citação (após a

> alteração do art. 174 do CTN pela Lei Complementar 118/2005), retroage à data do ajuizamento da execução, que deve ser proposta dentro do prazo prescricional; (b) "incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário" (art. 219, § 2º, do CPC).
> III. A Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.102.431/RJ, também sob o rito do art. 543-C do CPC, assentou o entendimento de que "a verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 7/STJ".
> IV. Na decisão agravada foram observados, de maneira coerente e harmônica, os entendimentos adotados pela Primeira Seção do STJ, nos três aludidos recursos repetitivos (REsp 999.901/RS, REsp 1.120.295/SP e REsp 1.102.431/RJ).
> V. No caso, o despacho ordinatório da citação ocorreu antes da data de vigência da Lei Complementar 118/2005. Aplicou-se, portanto, o art. 174 do CTN, na redação anterior à referida Lei Complementar, ou seja, o marco interruptivo da prescrição é a data da citação pessoal feita ao devedor, e não a do despacho que a ordenar.
> VI. Nos presentes autos, o Tribunal de origem, soberano no exame de matéria fática, deixou consignado, no acórdão recorrido, que a demora da citação não se deu por causas decorrentes do serviço judiciário, sendo que o crédito tributário foi constituído em 10/01/1995 e a citação válida somente ocorreu em 03/07/2000, ultrapassando, assim, o lapso temporal quinquenal.
> VII. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a interrupção do prazo prescricional só retroage à data da propositura da ação quando a demora na citação é imputada exclusivamente ao Poder Judiciário.
> VIII. Agravo Regimental improvido.
> (AgRg no AREsp 539.563/SE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 11/12/2014) (sublinhados nossos).

Insurge-se, também, a agravante quanto ao redirecionamento da execução fiscal efetivada em seu nome.

Repara-se, no entanto, que as certidões de dívida ativa registram como corresponsáveis, dentre outros sócios, a pessoa da agravante. Ora, a persecução probatória dos atos praticados pelos sócios não pode ser perscrutada em sede de exceção de pré-executividade, uma vez que tal incidente somente se volta a discussões sobre matérias de ordem pública, nos termos da Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça.

Súmula nº. 393, STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória"

(DJe 07/10/2009).

Observa-se precedente do Superior Tribunal de Justiça sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC no sentido de que incumbe ao sócio, cujo nome consta da CDA, o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, de que não houve a prática de atos "com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos":

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA, CUJOS NOMES CONSTAM DA CDA, NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE.
> RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.
> 1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos "com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos".
> 2. Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.
> 3. Contudo, no caso concreto, como bem observado pelas instâncias ordinárias, o exame da responsabilidade dos representantes da empresa executada requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria (embargos à execução), e não por meio do incidente em comento.
> 4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.
> (REsp 1104900/ES, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 01/04/2009).

Em arremate, é de se ver que a dissolução da pessoa jurídica através de falência não constitui, por si só, fato obstativo do prosseguimento da execução fiscal contra os sócios cujos nomes figuram na CDA. A propósito colaciono precedentes do Superior Tribunal de Justiça :

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OMISSÃO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. NOME DO SÓCIO NA CDA. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE.
> 1. Não se conhece de recurso especial por suposta violação do art.
> 535 do CPC se a parte não especifica o vício que inquina o aresto recorrido, limitando-se a alegações genéricas de omissão no julgado, sob pena de tornar-se insuficiente a tutela jurisdicional.
> 2. Ainda que regular a dissolução da pessoa jurídica por falência, é admissível o prosseguimento da execução fiscal contra os sócios cujos nomes constam da CDA.
> 3. Recurso especial conhecido em parte e provido.
> (REsp 1223130/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 18/02/2011).
>
> TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. NOME DO SÓCIO NA CDA. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE.
> 1. Ainda que regular a dissolução da pessoa jurídica por falência, é admissível o prosseguimento da execução fiscal contra os sócios cujos nomes constam da CDA.
> 2. Agravo regimental provido.
> (AgRg no Ag 1058751/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 23/04/2010)

Conclui-se que o recurso intentado não pode ser provido, uma vez inexistente a prescrição do crédito tributário, como hipótese de cabimento da exceção de pré-executividade, bem como restar plausível o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios cujos nomes constam da CDA, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça acima transcritos.

Pelas razões acima expendidas, CONHEÇO do recurso intentado, mas para julgá-lo IMPROCEDENTE, mantendo-se integralmente a decisão vergastada que rejeitou a exceção de pré-executividade interposta pela agravante.

É como voto.

Fortaleza, 4 de fevereiro de 2015

PROCESSO: 0625271-32.2014.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
AGRAVADOS: MARIA DO SOCORRO DE MELO PAIVA, MARIA DE LORETO CAVALCANTI DA COSTA MIRANDA, TEREZINHA DE PAIVA CAVALCANTI E ALEXANDRINA CAVALCANTI CASTIBLANCOS
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. MUNICÍPIO DE FORTALEZA. ELABORAÇÃO DE CÁLCULO DO MONTANTE DEVIDO. CONTADORIA DO FÓRUM. HOMOLOGAÇÃO. ALEGATIVA DE ERRO SOBRE PERCENTUAIS DE JUROS, HONORÁRIOS PERICIAIS E ATUALIZAÇÃO DE DEPÓSITO. CONHECIMENTO TÉCNICO. NOVO PARECER ELABORADO PELA CONTADORIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. INEXISTÊNCIA DE EQUÍVOCO SOBRE OS JUROS E DEPÓSITO. RETIFICAÇÃO DO VALOR APURADO REFERENTE AOS HONORÁRIOS PERICIAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A presente lide gira em torno da insurgência do Município de Fortaleza sobre a forma como foram computados na homologação dos cálculos elaborados pela Seção de Contadoria do Fórum Clóvis Beviláqua os percentuais acumulados de juros sobre o valor montante da indenização, dos honorários do perito, e do valor atualizado do depósito, percentuais que alegadamente resultaram em majoração indevida do montante da diferença devida pelo Município agravante.

2. Ao refletir sobre o deslinde do presente recurso, o qual depende, inequivocamente, de conhecimentos técnicos específicos alusivos a metodologias de cálculos de juros e atualização monetária, servi-me do Setor de Contadoria do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, para realização de novo cálculo e elaboração de parecer.

> 3. Como restou registrado nas conclusões do Setor especializado, não existiu equívoco na forma de aplicação de juros de mora, na espécie acumulada, bem como na atualização do depósito efetivado pelo Município, ambas procedidas pela Contadoria do Fórum.
> 4. Contudo, deve ser retificado, de acordo com os detalhamentos elaborados pelo Setor de Contadoria do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, o cálculo dos honorários do perito uma vez que o indexador utilizado deve ser modificado, nos termos da Lei nº. 11.960/2009, a partir de julho de 2009.
> 5. 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. 0625271-32.2014.8.06.0000, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 11 de fevereiro de 2015

RELATÓRIO

Cogita-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Fortaleza em face da decisão da MMª. Juíza de Direito da 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza – CE, que homologou os cálculos feitos pela Contadoria do Fórum em favor de Maria do Socorro de Melo Paiva, Maria de Loreto Cavalcanti da Costa Miranda, Terezinha de Paiva Cavalcanti e Alexandrina Cavalcanti Castiblancos, ora agravadas.

Em sua minuta, fls. 01/12, o Município agravante, às fls. 01/13, aduz em suas razões recursais as seguintes argumentações, abaixo transcritas:

> Interpõe-se o presente RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO LIMINAR DE EFEITO SUSPENSIVO, em face da DECISÃO HOMOLOGATÓRIA dos cálculos de atualização da indenização de fls. 697/703, dos autos da Ação de Desapropriação, Processo n° 0250365-35.2000.8.065.0001, cujo montante do quantum da diferença devida, apurado através dos cálculos efetuados pela Contadoria do Fórum

de fls. 646/656, importa no valor de RS 2.367.328,03 (DOIS MILHÕES, TREZENTOS E SESSENTA E SETE MIL TREZENTOS E VINTE OITO REAIS E TRÊS CENTAVOS), nos quais foram computados os percentuais acumulados de: 98,166667%, referente aos juros de 6% (seis por cento ao ano) sobre o valor montante da indenização corrigida mês a mês pelo INPC/TR, contados a partir da citação (19/10/1995) até 29/02/2012; 94,50%, sobre o valor corrigido dos honorários do perito, contados a partir de 16/05/1996 até 29/02/2012; e de 99,55%, sobre o valor atualizado do depósito corrigido pelo INPC/TR, a partir de 26/06/1995 até 29/02/2012. Incorrendo, dessa forma, na majoração indevida do quantum debito e, por via de consequência, no enriquecimento sem causa dos exequentes da sentença, como será demonstrado a seguir:

01. A SENTENÇA do Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública, exarada às fls. 277/283 dos autos da Ação de Desapropriação aforada pelo Município de Fortaleza em desfavor de Plácido Paiva, Processo n° 95.02.20182-5, atual n° 0205365-35.2000.8.06.0001, fixou como valor da indenização devida ao expropriado a quantia de R$ 603.743,03 (seiscentos e três mil, setecentos e quarenta e três reais e três centavos), a ser acrescida de juros de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação e correção monetária a partir do laudo de avaliação de 27/06/1996. Condenou, ainda, o Município de Fortaleza a pagar custas processuais e demais emolumentos a que deu causa, bem como no pagamento da verba honorária do advogado da promovida arbitrado em 15% (quinze por cento) sobre o total da condenação. Por fim, estabeleceu que: "a importância depositada pelo promovente em 26/07/1995 também deverá ser objeto de atualização monetária para os fins de compensação até o dia do efetivo pagamento (vide em anexo digitalizado cópia da SENTENÇA transitada em julgado).

02. Após a démarche de Embargos à Execução julgados parcialmente procedentes por SENTENÇA exarada em 20/10/2004, às fls. 187/195 dos autos do Processo n° 2003.02.46904-4, atual n° 0695716-63.2000.8.06.0001 (vide em anexo digitalizado cópia da SENTENÇA transitada em julgado); o advogado contratado pelos sucessores do agora Espólio de PLÁCIDO PAIVA e coproprietários do bem expropriado, requereu o cumprimento da SENTENÇA proferido no feito expropriatório com base na PLANILHA DE CÁLUCLOS acostada ao requerimento de fls. 594/607. Tendo o Meritíssimo Juiz determinado a remessa à Contadoria do Fórum para atualização da planilha de fls. 607/606.

03. O Município de Fortaleza manifestou-se, tempestivamente, em discordância com os CÁLCULOS elaborados pela Contadoria do Fórum, de fls. 646/656, com base nas razões expostas na petição de fls. 662/663, fazendo naquela oportunidade juntada de PLANILHAS DE ATUALIZAÇÃO DE CÁLCULOS do Assessor Pericial da PGM de fls.664/679 que seguem em anexos digitalizados, comprovando a existência de majoração da quantia devida, em decorrência da acumulação indevida e incorreta dos juros de 6% (seis por cento) ao ano, sobre os montantes dos

> valores corrigidos monetariamente pelos cálculos da Contadoria do Fórum.
> 04. Não obstante as razões de ordem técnicas e de direito apresentadas pelo Município de Fortaleza, que apontam e comprovam satisfatoriamente a majoração do montante atualizado da diferença do valor da indenização devida aos expropriados, em decorrência da acumulação e aplicação dos percentuais de juros sobre o montante final corrigido monetariamente, a Meritíssima Juíza a quo, através de DECISÃO de fls.697/703, "HOMOLOGOU os cálculos feitos pela Contadoria do Fórum de fls. 646/656, por entender realizados dentro dos parâmetros mencionados na sentença transitada em julgado" (fls. 701 e 703).
> 05. Sucede que, embora os cálculos realizados pela Contadoria do Fórum esteja de conformidade com a parte dispositiva da sentença exequenda, cujos critérios para apuração dos valores da indenização e dos honorários periciais e advocatícios, coberta pela imutabilidade da coisa julgada material, nos termos do artigo 474 do CPC, como explicitado na DECISÃO HOMOLOGATÓRIA, em face da qual se interpõe o presente RECUSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, a forma como foram computados os percentuais acumulados de: 98,166667%, referente aos juros de 6% (seis por cento ao ano) sobre o valor montante da indenização corrigida mês a mês pelo INPC/TR, contados a partir da citação (19/10/1995) até 29/02/2012; de 94,50%, sobre o valor corrigido dos honorários do perito, contados a partir de 16/05/1996 até 29/02/2012; e de 99,55%, sobre o valor atualizado do depósito corrigido pelo INPC/TR, a parti de 26/06/1995 até 29/02/2012, resultou na MAJORAÇÃO INDEVIDA DO VALOR MONTANTE DA DIFERENÇA DEVIDA aos expropriados, conforme se acha demonstrado e detalhado nas PLANILHAS DE ATUALIZAÇÃO DE CÁLCULOS apresentadas pelo Assessor Pericial da PGM, acostadas com a manifestação de discordância com os CÁLCULOS elaborados pela Contadoria do Fórum, às fls. 646/656 dos autos do Processo n° 0250365-35.2000.8.06.0001. O que se vir a prevalecer configurar-se-á, inexoravelmente, no ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA dos Expropriados e do advogado patrono da defesa.

Documentos às fls. 14/85.

Através de despacho à fl. 97 dos autos, apresentei reserva à apreciação da súplica liminar para após a formação do contraditório e da apresentação dos informes pela Magistrada de origem.

Informes prestados pela MMª. Juíza de Direito da 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza – CE, às fls. 102/103

As partes agravadas, mesmo após regularmente intimadas do feito, deixaram transcorrer o prazo legal sem nada apresentar ou requerer, cf. certidão à fl. 104.

Em despacho de fl. 106, determinei remessa dos autos ao Setor de Contadoria do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, para realização de novo cálculo e elaboração de parecer a propósito da metodologia utilizada na memória de cálculo judicial realizada pela Seção de Contadoria do Fórum Clóvis Beviláqua às fls. 49/58, em cotejo com os cálculos apresentados pelo Município de Fortaleza às fls. 62/76.

Informações apresentadas pelo aludido Setor às fls. 107/108 dos autos. Nova planilha de cálculo, fls. 109/132.

Manifestação do Município de Fortaleza, fls. 137/140, em que ratifica e reitera as razões dantes apresentadas no bojo do recurso ajuizado.

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

Ante a formação do contraditório e o amplo conjunto probatório encartado aos autos, passo a examinar a postulação meritória do presente recurso, observando-se as premissas do art. 522 e segs. do Código de Processo Civil.

A presente lide gira em torno da insurgência do Município de Fortaleza sobre a forma como foram computados na homologação dos cálculos elaborados pela Seção de Contadoria do Fórum Clóvis Beviláqua os percentuais acumulados de: 98,166667%, referente aos juros de 6% (seis por cento ao ano) sobre o valor montante da indenização corrigida mês a mês pelo INPC/TR, contados a partir da citação até 29/02/2012; de 94,50%, sobre o valor corrigido dos honorários do perito, contados a partir de 16/05/1996 até 29/02/2012; e de 99,55%, sobre o valor atualizado do depósito corrigido pelo INPC/TR, a partir de 26/06/1995 até 29/02/2012, percentuais que alegadamente resultaram em majoração indevida do montante da diferença devida pelo Município agravante.

A coleta de provas através de *experts* na matéria encontra-se diretamente relacionada ao poder instrutório da autoridade judiciária, em qualquer instância, devendo ser oportunizado aos litigantes a manifestação em contraditório. Neste sentido, colaciono jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ. MATÉRIA COMPLEXA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DA PROVA PERICIAL AINDA QUE O MAGISTRADO DISPONHA DE CONHECIMENTO TÉCNICO. PRESTÍGIO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.

COMPLEXIDADE DA MATÉRIA. SÚMULA 7/STJ.
1. O art. 145 do CPC estabelece que "quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421." O art. 421, § 1º, do CPC, por sua vez, dispõe em linhas gerais que o juiz nomeará perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo, cabendo às partes indicarem assistente técnico e a apresentarem quesitos.
2. Em se tratando de matéria complexa, em que se exige o conhecimento técnico ou científico, a perícia deve ser realizada. O juiz, ainda que não esteja vinculado às conclusões do laudo pericial, não pode realizar os cálculos "de próprio punho". Isso porque, com a determinação da perícia, as partes terão a oportunidade de participar da produção probatória, com a nomeação de assistentes técnicos e a formulação de quesitos.
3. O indeferimento da perícia só pode ocorrer nas hipóteses prevista no parágrafo único do art. 420 do CPC, quais sejam: I) quando a prova de o fato não depender do conhecimento especial de técnico, II) quando for desnecessária, em vista de outras provas produzidas, e III) quando a verificação for impraticável.
4. Assim, a realização da prova pericial, quando o fato a ser demonstrado exigir conhecimento técnico ou científico, é um direito da parte, não podendo o magistrado indeferi-la, ainda que possua capacitação técnica.
5. A esta conclusão se chega não apenas em decorrência do prestígio ao contraditório e ampla defesa, mas também da interpretação, feita a contrário senso, do art. 421, parágrafo único, I, do CPC. Este dispositivo permite ao juiz indeferir a perícia quando "a prova do fato não depender, do conhecimento especial de técnico". Ora, se o magistrado pode indeferir a perícia quando a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico, pode-se dizer, então, que, quando a prova depender deste conhecimento, ela não poderá ser indeferida.
6. Portanto, no caso dos autos, acertou o Tribunal de origem quando entendeu que, em face da complexidade da matéria, é necessária a realização de prova pericial, facultando às partes a nomeação de assistentes técnicos e a formulação de quesitos.
7. Não há como fugir da conclusão do acórdão recorrido, de que a presente demanda envolve matéria complexa, pois, para isto, seria necessário revolver o contexto fático-probatório, o que esbarra na Súmula 7 desta Corte Superior.
Agravo regimental improvido.
(AgRg no AREsp 184.563/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 28/08/2012)

PROCESSUAL CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. PERÍCIA CONTÁBIL. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. ARTS. 130, 145, 604 E 605 DO CPC.

> 1. Aplicável o disposto no artigo 130 do Código de Processo Civil por não se tratar de simples cálculos aritméticos.
> 2. Tem o magistrado poderes para a busca de provas, podendo determinar a produção de ofício de todo e qualquer elemento probatório que julgar necessário para a formação de seu convencimento.
> 3. Recurso especial improvido.
> (REsp 46.789/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/02/2005, DJ 02/05/2005, p. 254).

Ao refletir sobre o deslinde do presente recurso, o qual depende, inequivocamente, de conhecimentos técnicos específicos alusivos a metodologias de cálculos de juros e atualização monetária, servi-me do Setor de Contadoria do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, para realização de novo cálculo e elaboração de parecer, cuja conclusão transcrevo abaixo:

> Exma. Senhora Desembargadora,
> Em cumprimento ao respeitável despacho de Vossa Excelência às págs. 106, este Serviço de Cálculos vem aos autos para informar acerca da metodologia utilizada pela Seção de Contadoria do Fórum Clóvis Beviláqua em cotejo aos cálculos apresentados pelo Município de Fortaleza.
> Após análise da impugnação municipal e dos cálculos da Contadoria do Fórum Clóvis Beviláqua, **podemos afirmar que não existe equívoco na forma de aplicação de juros de mora na espécie acumulada, tal como foi procedido pela Contadoria nos cálculos de págs. 48/58**.
> Verificou-se que a Contadoria apenas optou pelo critério de cálculos utilizando juros simples acumulados ao invés do lançamento do juros simples mês a mês, o que matematicamente não tem nenhuma diferença no resultado (observar planilhas de cálculos anexa).
> **Os juros de mora deverão incidir sobre o valor principal devidamente corrigido, logo, pode-se aplicar juros de maneira acumulada para todo o período da correção, como também se pode corrigir mês a mês e, sobre o valor corrigido, aplicar-se juros mensal, observando que nestes casos o saldo de juros também deverá sofrer correção. Importante ressalvar que tal critério NÃO é sinônimo de juros capitalizados, inexistindo assim o anatocismo.**
> Da condenação temos que: o valor fixado em sentença foi de R$ 603.743,03, o qual deverá ser acrescido de juros e correção monetária, esta a partir de 27/06/1996 e aqueles contados a partir da citação (em 19/10/1995). E assim a Contadoria do Fórum procedeu: aplicou a correção monetária (evolução INPC/TR) sobre montante de 27/06/1996 até 29/02/2012, chegando ao valor atualizado (e sem juros) de R$ 1.417.474,49. Sobre este valor ainda deverá se fazer incidir os juros para todo o período entre a citação

do ente (19/10/1995) e a data final da incidência da correção monetária (29/02/2012). **Os juros acumulados para o referido período é de 98,1666%, vez que se tratam de 5890 dias (aqui obedecendo a regra contábil de ano e mês comercial), logo, ao aplicar o índice de juros acumulados sobre o valor corrigido tem-se a quantia devida em juros, qual seja: R$ 1.391.487,46, que somados ao valor corrigido chegam ao montante de R$ 2.808.961,96.**

Sobre o valor total da condenação atualizado aplicou-se o percentual de 15%, correspondente a verba honorária da ação de conhecimento, conforme determinado na sentença de fls. 41/47, o que perfaz R$ 421.344,30. Não existe acórdão modificando a forma de cálculo dos honorários sucumbenciais.

O depósito de R$ 162.650,33 realizado pelo Município também foi atualizado com os mesmos critérios matemáticos aplicados na atualização da condenação principal, porém para o período de 26/07/1995 a 29/02/2012 (data inicial prevista em sentença). **O valor do depósito corrigido (evolução INPC/TR) foi de R$ 434.810,94 e sobre este os juros acumulados de 99,55%, referente ao período supra, o qual equivale a 5973 dias (aqui obedecendo a regra contábil de ano e mês comercial), findando em R$ 867.665,24.**

Apenas no cálculo dos honorários do perito foi encontrado equívoco, vez que a Contadoria utilizou o fator acumulado 2,707617 com sendo referente a INPC/TR, só que na realidade tal fator só corresponde ao acumulado pelo INPC. Diante da Lei nº. 11.960/2009, é preciso que o indexador mude de INPC para TR a partir de Julho/2009 nos casos em que a Fazenda Pública é ré, logo o fator acumulado seria de 2,405223. Com relação aos juros de mora aplicados na atualização, não se pode afirmar que estes não são devidos, apenas por assim "entender": Os juros de mora são devidos mesmo que não haja pedido expresso, e que tenha sido omissa a sentença condenatória, nos termos do art. 293, do CPC e do Enunciado 254 da Súmula do STF. O que normalmente ocorre e a jurisprudência prevê é que, em se tratando de honorários periciais fixados em quantia certa, os juros seriam devidos somente a partir do trânsito em julgado, mas sobre isto precisaria o magistrado se posicionar a favor ou contra. Desta forma, fazendo tal correção, os honorários periciais passarão para R$ 3.350,42.

A metodologia de cálculo apresentado pelo Município às fls. 62/76 difere do encontrado pela Contadoria do Fórum e por este Serviço de Cálculos pelo fato daquele não observar a necessidade de se aplicar os juros sobre o valor total corrigido, e em se tratando de atualização mês a mês, não observou que se faz necessária a correção do saldo de juros. Difere também sobre a verba honorária, vez que ao apontar a diferença dos honorários não observou o que de fato está explícito na sentença de págs. 41/47 é que tal verba deverá

> ser paga no percentual de 15% sobre o valor total da condenação e não sobre a diferença entre a indenização e oferta, como menciona no resumo de cálculo de pág. 61. **Não existe acórdão nos autos (nem nestes, nem no do 2º grau) reformando a verba honorária, conforme alegado pelo contador da PGM.**
>
> Honorários fixados sobre o valor da condenação sofrerão a incidência de correção e juros na mesma forma do valor principal, e não apenas correção, como aponta o cálculo municipal.
>
> **Nesta oportunidade, encaminho a V. Excelência, as planilhas de cálculos elaboradas por este Serviço, observando de pronto que os valores encontrados a título de condenação principal, honorários sucumbenciais e atualização do depósito são idênticos ao encontrado pela Contadoria, divergindo apenas no que diz respeito ao montante dos honorários periciais, conforme explicação acima.**
>
> É o que me cumpre informar. (parecer do Departamento de Serviços Judiciários de Apoio – Serviço de Cálculos Judiciais, fls. 107/108 dos autos) (grifos e sublinhados nossos).

Como restou registrado nas conclusões do Setor especializado, não existiu equívoco na forma de aplicação de juros de mora na espécie acumulada, procedida pela Contadoria do Fórum, nos cálculos de págs. 48/58. Apontou-se, também, no parecer que os juros acumulados para o período a ser computado é de 98,1666%, vez que se tratam de 5.890 dias, devendo-se ao aplicar o índice de juros acumulados sobre o valor corrigido, resultando na quantia devida de R$ 1.391.487,46 (um milhão, trezentos e noventa e um mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e quarenta e seis centavos), que somados ao valor corrigido chegam ao montante de R$ 2.808.961,96 (dois milhões, oitocentos e oito mil, novecentos e sessenta e um reais e noventa e seis centavos).

Ressalte-se que o valor do depósito elaborado pela Edilidade, devidamente corrigido, resultou na quantia de R$ 434.810,94 (quatrocentos e trinta e quatro mil, oitocentos e dez reais e noventa e quatro centavos) e sobre este os juros acumulados de 99,55%, referente ao período, o qual equivale a 5.973 dias, findando no montante de R$ 867.665,24 (oitocentos e sessenta e sete mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e vinte e quatro centavos).

Ademais, observa-se, contrariamente ao que fora afirmado pelo Município recorrente, não existe nenhuma decisão nos autos que indique reforma da verba honorária, conforme alegado pela contadoria da Procuradoria Geral do Município.

Nesta senda, utilizo-me integralmente das conclusões apresentadas pelo Setor de Contadoria do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, uma vez que o Município

de Fortaleza não conseguiu apresentar em sua manifestação elementos suficientes para comprovar fato constitutivo do seu direito.

Conclui-se que o recurso intentado deve ser parcialmente provido, devendo ser retificado, de acordo com os detalhamentos elaborados pelo Setor de Contadoria do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará apenas o cálculo dos honorários do perito uma vez que, conforme restou definido: "a Contadoria utilizou o fator acumulado 2,707617 com sendo referente a INPC/TR, só que na realidade tal fator só corresponde ao acumulado pelo INPC. Diante da Lei nº. 11.960/2009, é preciso que o indexador mude de INPC para TR a partir de Julho/2009 nos casos em que a Fazenda Pública é ré, logo o fator acumulado seria de 2,405223". Conclui-se, que os cálculos realizados pela Contadoria do Fórum somente devem sofrer correção somente no ponto referente aos honorários periciais, os quais passarão para o valor de R$ 3.350,42 (três mil, trezentos e cinquenta reais, e quarenta e dois centavos).

Pelas razões acima expendidas, CONHEÇO do recurso intentado, para julgá-lo PARCIALMENTE PROCEDENTE, reformando-se os cálculos realizados pela Contadoria do Fórum e homologados pela MMª. Juíza de Direito da 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza – CE, somente no que concerne ao valor encontrado referente aos honorários do perito, devendo ser estabelecido o *quantum* de R$ 3.350,42 (três mil, trezentos e cinquenta reais, e quarenta e dois centavos), conforme disposto nas conclusões da Contadoria do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em seu laudo pericial.

É como voto.

Fortaleza, 11 de fevereiro de 2015

PROCESSO: 0626449-16.2014.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI
AGRAVADOS: ESPÓLIO DE HÉLIO LUNA DE ALMEIDA E NILSON FERREIRA SANTIAGO
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PROCEDIMENTO BIFÁSICO. PRIMEIRA FASE FINALIZADA. SEGUNDA FASE INCONCLUSA. EXAME DAS CONTAS PRESTADAS PELA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA. DEVER DE ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA E ATUARIAL DOS VALORES RESERVADOS AOS BENEFICIÁRIOS. ENVIO DOS AUTOS AO SETOR DE CONTADORIA. LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PROFISSIONAL ATUÁRIO. INCIDÊNCIA DE MULTA NO AJUIZAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER PROTELATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Faz-se necessário ressaltar que o procedimento da Ação de Prestação de Contas é bifásico: na primeira fase, averigua-se o dever de prestar contas; na segunda, oportuniza-se o réu a prestar as contas e estas são examinadas, com a declaração de existência ou não de saldo devedor.

2. Como já o fora esclarecido no julgamento da Apelação nº. 0515215-17.2000.8.06.0001, a primeira fase da Ação de Prestação de Contas já foi finalizada na espécie, com o reconhecimento, por parte desta Corte, em processo da Relatoria do Eminente Des. José Cláudio Nogueira Carneiro, do dever de prestar contas por parte da ora Agravante, ocasião em que os autos foram remetidos à origem para o início da segunda fase da prestação de contas.

3. A segunda fase teve início com a apresentação de contas pela Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do

Brasil – PREVI, devendo estas serem examinadas pelo Juízo *a quo*, com a declaração de existência ou não de saldo devedor.
4. O dever de atualização dos valores, ainda na fase de conhecimento da Ação de Prestação de Contas, a serem creditados aos segurados encontra ressonância em precedentes da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça.
5. Através do entendimento firmado neste Órgão Jurisdicional observa-se que deve ser feita perícia técnica nas demandas que envolvam a revisão de pagamento de benefício previdenciário complementar em virtude de ser necessário verificar a influência dos novos valores no equilíbrio financeiro e atuarial da entidade de previdência privada.
6. Somente haveria prescindibilidade de produção de perícia atuarial quando subsistirem elementos suficientes, já em sede de execução, para demonstrar claramente os valores a serem deferidos aos beneficiários do plano de previdência privada, o que não se evidencia no caso concreto.
7. O envio dos autos ao Setor de Contadoria Judicial resulta em lesão grave e de difícil reparação à entidade Agravante, a uma, por prolongar desnecessariamente o trâmite processual ao remeter o processo para exame de profissional não habilitado para emissão de parecer; a duas, por acarretar em cerceamento de defesa ao viabilizar avaliação na constituição de reservas dos beneficiários sem verificar o cálculo atuarial, em respeito a constituição dos valores levantados pelos segurados, bem como no equilíbrio financeiro da entidade de previdência privada.
8. Deve-se também rever a incidência da multa cominada pelo Juízo *a quo* ao julgar os Embargos de Declaração apresentados pela parte insurgente. *In casu*, não se pode evidenciar à espécie que os Aclaratórios ajuizados resultaram em intento protelatório, pois o desacerto do despacho acarretou ao litigante prejuízo processual e a interposição dos Embargos de Declaração com o cunho infringente possuía plausibilidade, devendo afastar-se o encargo processual definido pela Magistrada de Plano.
9. 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. 0626449-16.2014.8.06.0000, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 17 de dezembro de 2014.

RELATÓRIO

Cogita-se de Agravo de Instrumento interposto pela Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - PREVI em contrariedade a decisão do MM. Juiz de Direito da 27ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza – CE, que em ação de prestação de contas nº. 0515215-17.2000.8.06.0001, julgou procedentes a prestação de contas exigidas, determinando que a Agravante apresente os cálculos da verba devida aos Agravados, Espólio de Hélio Luna de Almeida e Nilson Ferreira Santiago.

Em sua minuta, fls. 01/23, a instituição Agravante expõe o contexto fático da presente demanda, conforme segue:

> Trata-se de Ação de Prestação de Contas ajuizada por ex-participantes (Agravados) da PREVI que tiveram suas contribuições anteriormente efetuadas ao Plano de Benefícios n° 1, administrado pela Agravante, transferidas para outra entidade de previdência complementar fechada (CENTRUS), pretendendo compelir a Agravante a prestar contas sobre os montantes transferidos.
>
> A primeira fase do procedimento da Ação de Prestação de Contas (art. 915 e ss. do CPC), relativo ao dever de prestar contas, foi superada com o trânsito em julgado da decisão que deu parcial provimento a recurso interposto pela PREVI, proferida pelo STJ (fl. 568) tão somente para reduzir a verba honorária, mantendo a condenação ao dever de prestar contas imposta em sentença (fls. 124/128) e confirmada pela 2ª Câmara Cível do TJ CE (fls. 200/205), resultando na perda do objeto do Recurso Extraordinário (RE 602092), nos termos da decisão monocrática proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, publicada em 15/10/2009, com certidão de trânsito em julgado em 13/11/2009 (fl. 574).
>
> Após o trânsito em julgado da decisão que reconheceu o dever da Ré (Agravante) de prestar contas, buscaram os agravados, no âmbito da segunda fase da Ação de Prestação de Contas, o cumprimento de sentença sem a devida intimação da PREVI para prestar as contas no prazo de 48 horas,

tendo sido proferida sentença homologatória de cálculos da contadoria às fls. 699/700. Decisão essa que foi CASSADA (fls. 955/967) pela Egrégia 2ª Câmara Cível do TJ CE. Isso ao julgar o recurso de Apelação da PREVI para determinar a intimação da ora Agravante para prestar as contas no prazo de 48 horas, cujo Acórdão se verifica no destaque abaixo:

[…]

Com o retorno dos autos à primeira instância, e em cumprimento ao quanto restou decidido por esse Egrégio Tribunal, a Agravante foi intimada para apresentar as contas no prazo de 48 horas, conforme publicação do DJE de 04/02/2013, o que inaugurou efetivamente a segunda fase do procedimento da Ação de Prestação de Contas.

Ocorre, Nobres Julgadores, que apresentadas tempestivamente as contas pela Agravante, as quais foram elaboradas por profissional Atuário devidamente registrado no IBA (Instituto Brasileiro de Atuária) em razão da PREVI ser entidade de previdência complementar e ser esse o profissional responsável por cálculos da natureza envolvida nos autos, e tendo os autores se manifestado a respeito, sobreveio decisão do Juizo determinando (fl. 996) nova remessa dos autos à Contadoria para "...apurar o possível valor devido, levando em consideração a documentação de fls. 967/979 e 991/994.." (publicação em 10/06/2013), o que está em total descompasso como o hodierno entendimento do STJ sobre a questão e com afronta a dispositivos da Lei Complementar 109/2001.

Opostos Embargos de Declaração pela PREVI (fls. 1.009/1.018) buscando sanar omissões, contradições e, também, para fins de prequestionamento, com consequente pedido de efeitos infringentes, o Juízo a quo recebeu o recurso e na data de 18/10/2013 proferiu a seguinte decisão: "negar-lhe provimento, mantendo em todos os seus termos a decisão atacada, e os declarando protelatórios para aplicar multa a ser paga pela promovida em favor da promovente no montante de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Expedientes necessários." (fls. 1.069/1.070).

Todavia, Nobres Desembargadores, referida decisão somente agora, em 22/09/2014 fora publicada. Ou seja, passado quase 1 (UM) ANO a decisão, tendo posteriormente os autos seguido para a contadoria, que se manifestou (fl. 1201) SEM PARÂMETROS para realizar esses cálculos, corroborando com o quanto apontado pela Agravante.

Mesmo inexistindo sentença de apreciação das contas prestadas nos autos, relativa A SEGUNDA FASE desse procedimento bifásico, sobreveio despacho determinando o retomo dos autos à contadoria para que se apure valor conforme requerido pelos autores (fls. 1202/1203 e 1205/1206), que se trata de pedido de atualização do valor dado à causa e que não é devido, pois inexistente sentença a respeito.

Inclusive, Excelência, em 18/09/2014, conforme certidão de fls. 1.218, as partes restaram intimadas para manifestarem-se dos cálculos elaborados pela contadoria judicial, o que torna nítido o tumulto processual nos presentes autos, considerando que a insurgência da Agravante, que ora é

> trazida à presença deste digno juízo, nem mesmo fora apreciada.
> Assim, e diante do efeito interruptivo do prazo de interposição de outro recurso (art. 538 do CPC), bem como do efeito integrativo dos Embargos de Declaração, a decisão agravada e consequente irresignação da Agravante, que é entidade sem fins lucrativos e que somente administradora os recursos garantidores dos pagamentos dos benefícios dos demais participantes do plano, os quais estão em vias de ser lesados em sua reserva comum pela majoração de cálculos autorais e multa injustificada reside a insurgência da Agravante na:
> (i) determinação da remessa dos autos à Contadoria para conferência/ realização de cálculos de reserva matemática de uma entidade de previdência complementar fechada (PREVI) por profissional que não é Atuário;
> (ii) injustificada declaração do tratar-se de Embargos de Declaração com intuito protelatório e consequente aplicação de multa de 1% sobre o valor de causa MILIONÁRIA a favor dos Autores Agravados;
> (iii) determinação de remessa dos autos à Contadoria para apuração do valor que os autores entendem devido (valor dado a causa) sem existir sentença de apreciação das contas prestadas nos autos que declare existir ou inexistir valores a serem pagos.

Ao término, requer a Agravante a concessão do efeito suspensivo, de modo a determinar a suspensão dos efeitos oriundos da decisão agravada, e no mérito, que seja acolhida a prejudicial em face do cerceamento de defesa, e que seja reformada a decisão *a quo*, determinando-se que a realização de conferência dos cálculos seja realizada por meio de perícia atuarial, bem como afastada a incidência da multa de 1% sobre o valor da causa.

Acosta aos autos documentos de fls. 29/126

Em despacho de fl. 136, apresentei reserva à apreciação da postulação de urgência após a formação do contraditório e das informações prestadas pelo Juízo *a quo*.

Contrarrazões do Espólio de Hélio Luna de Almeida e de Nilson Ferreira Santiago aduzem que a remessa dos autos à Contadoria foi somente para que "fossem atualizados os valores que são cobrados pelos Agravados", sendo desnecessário o envio dos autos a um *expert* atuarial para apurar reserva matemática, uma vez que o cálculo em comento seria apenas aritmético.

Destacam que o presente intento recursal possui intuito de tumultuar o processo, postergando-se ainda mais a prestação jurisdicional, uma vez que a tramitação já remonta de quase 14 (catorze) anos.

Alegam que os embargos ajuizados pela Agravante foram declarados protelatórios, pois a tese argumentativa esboçada possuía nítido caráter postergatório,

sendo justa a aplicação da multa. Declara, ainda, que a Agravante tenta induzir o Juízo em erro, uma vez que altera a verdade dos fatos, pois fora intimada, através do Diário da Justiça do dia 01/02/2013 para apresentar suas contas, sendo, contudo, ajuizada impugnação nos autos em que afirmava nada dever aos Agravados.

Concluem requerendo o improvimento do presente recurso, nos termos do art. 557 do CPC.

Anexa documentos de fls. 153/168.

Petição apresentada pelos Recorridos de fls. 170/172 trata do alegado reconhecimento tácito por parte da Agravante do valor de R$ 5.222.426,32 (cinco milhões, duzentos e vinte e dois mil, quatrocentos e vinte e seis reais e trinta e dois centavos). Junta conteúdo probatório às fls. 173/183.

O Departamento Judiciário Cível informa através de certidão de fl. 184, que não foram prestadas as informações pelo Juízo *a quo*.

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

Ante a formação do contraditório e o amplo conjunto probatório encartado aos autos, passo a examinar a postulação meritória do presente recurso, observando-se as premissas do art. 522 e segs. do Código de Processo Civil.

Insta perquirir o trâmite processual da presente demanda originária, voltando-se ao julgamento por este Órgão jurisdicional da Apelação nº. 0515215-17.2000.8.06.0001, em figuraram como Apelante a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI; e como apelados, o Espólio de Hélio Luna de Almeida e Nilson Ferreira Santiago (fls. 62/74 dos presentes autos). Segue ementa do julgado:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. MÉRITO. SEGUNDA FASE DA AÇÃO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO EXPRESSA PARA PRESTAR CONTAS, A TEOR DO QUE DISPÕE O ART. 915, §2º, DO CPC. INOCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE. DIVERSOS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS NO PROCESSO QUE SE RESTRINGIRAM AO CUMPRIMENTO DO CAPÍTULO DA

SENTENÇA PROLATADA NA PRIMEIRA FASE DA AÇÃO ALUSIVO AOS HONORÁRIOS E ÀS CUSTAS. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

1. A preliminar de ilegitimidade passiva da ora Apelante para prestar contas foi analisada no âmbito do julgamento da Apelação Cível nº 2002.0004.4381-3, quando a Câmara Cível, em proceso sob a Relatoria do Des. José Cláudio Nogueira Carneiro, rejeitou a referida alegação. Matéria alcançada, portanto, pelo manto da coisa julgada material, somente podendo ser desconstituída pela via processual adequada.

2. O procedimento da Ação de Prestação de Contas é bifásico: na primeira fase, averigua-se o dever de prestar contas; na segunda, oportuniza-se o réu a prestar as contas e estas são examinadas, com a declaração de existência ou não de saldo devedor. Daí porque há a possibilidade de prolação de duas sentenças no âmbito da ação: aquela que deve ser prolatada no âmbito da primeira fase, por força da observância de eventual dever de prestar contas e a eventual sentença de apreciação das contas prestadas, com declaração de saldo devedor remanescente para fins de eventual execução.

3. A primeira fase da Ação de Prestação de Contas já foi finalizada na espécie, com o reconhecimento, por parte da Corte, em processo da Relatoria do Eminente Des. José Cláudio Nogueira Carneiro, do dever de prestar contas por parte da apelante. Tal acórdão transitou em julgado aos 09 de novembro de 2009, ocasião em que os autos foram remetidos à origem para o início da segunda fase da prestação de contas.

4. No âmbito da segunda fase da Ação de Prestação de Contas, deve o réu ser intimado para, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas prestá-las, nos termos do art. 915, §2º, do CPC. Entretanto, na espécie, após o trânsito em julgado da sentença que reconheceu o dever de prestar as contas, o juízo de piso, em nenhum momento, intimou a parte ora apelante para prestar as contas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

5. Apelação conhecida e provida, cassando a sentença para determinar que o juízo a quo determine a intimação da parte ora apelante para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, preste as contas que entender devidas, procedendo-se em conformidade com o procedimento previsto no art. 915 e ss. do CPC.

Em obediência ao comando do Voto acima destacado, os autos da ação originária regressaram ao Juízo *a quo*, com escopo de intimar a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI a prestar contas (fl. 75 dos presentes autos).

Conforme documentos adunados aos autos do presente recurso, fls. 77/87, o ente associativo apresentou planilha, em 06 de fevereiro de 2013, elaborada por perito atuarial, definindo os valores de "reserva matemática" dos participantes, considerando-se a proporção contributiva dos mesmos.

Em petição ajuizada pelos Recorridos, fls. 90/93, apresentou-se contraposição ao numerário indicado, bem como demonstrou-se valores diversos referentes ao montante hipoteticamente devido.

O Juízo *a quo* prolata despacho remetendo os autos a Contadoria Judicial para apurar o valor devido aos Agravados. Dispositivo decisório que foi objeto de aclaratórios, julgados e publicados em 19 de setembro de 2014.

Realizada breve digressão sobre as etapas processuais percorridas pelos litigantes, faz-se necessário ressaltar que o procedimento da Ação de Prestação de Contas é bifásico: na primeira fase, averigua-se o dever de prestar contas; na segunda, oportuniza-se o réu a prestar as contas e estas são examinadas, com a declaração de existência ou não de saldo devedor.

Como já o fora esclarecido no julgamento da Apelação nº. 0515215-17.2000.8.06.0001, a primeira fase da Ação de Prestação de Contas já foi finalizada na espécie, com o reconhecimento, por parte desta Corte, em processo da Relatoria do Eminente Des. José Cláudio Nogueira Carneiro, do dever de prestar contas por parte da ora Agravante. Tal acórdão transitou em julgado aos 24 de janeiro de 2013, ocasião em que os autos foram remetidos à origem para o início da segunda fase da prestação de contas, conforme exposto supra.

Assim, a segunda fase teve início com a apresentação de contas pela Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI, devendo estas serem examinadas pelo Juízo *a quo*, com a declaração de existência ou não de saldo devedor.

Neste sentido, colaciono dispositivos da Lei Complementar nº. 109/2001 que trata do Regime de Previdência Complementar e assim expõe sobre o tema em comento:

> Lei Complementar nº. 109, de 29 de maio de 2001.
> Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.
> § 1º O regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas.
> § 2º Observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o cálculo das reservas técnicas atenderá às peculiaridades de cada plano de benefícios e deverá estar expresso em nota técnica atuarial, de apresentação obrigatória, incluindo as hipóteses utilizadas, que deverão guardar relação com as características da massa e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor.

> § 3º As reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador.
> […]
>
> Art. 22. Ao final de cada exercício, coincidente com o ano civil, as entidades fechadas deverão levantar as demonstrações contábeis e as avaliações atuariais de cada plano de benefícios, por pessoa jurídica ou profissional legalmente habilitado, devendo os resultados ser encaminhados ao órgão regulador e fiscalizador e divulgados aos participantes e aos assistidos.

O dever de atualização dos valores, ainda na fase de conhecimento da Ação de Prestação de Contas, a serem creditados aos segurados encontra ressonância em precedentes da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Através do entendimento firmado neste Órgão Jurisdicional observa-se que deve ser feita perícia técnica nas demandas que envolvam a revisão de pagamento de benefício previdenciário complementar em virtude de ser necessário verificar a influência dos novos valores no equilíbrio financeiro e atuarial da entidade de previdência privada, conforme segue abaixo:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REQUERIMENTO, NA FASE DE CONHECIMENTO, DE PRODUÇÃO DE PERÍCIA ATUARIAL PARA DEMONSTRAR DESEQUILÍBRIO ATUARIAL QUE ADVIRÁ DO EVENTUAL ACOLHIMENTO DO PLEITO, ASSIM COMO A AUSÊNCIA DE FONTE DE CUSTEIO. PEDIDO DE PROVA QUE, EM VISTA DAS PECULIARIDADES DO REGIME DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, MOSTRA-SE, INEQUIVOCAMENTE, PERTINENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PERÍCIA ATUARIAL, INCLUSIVE POR SER DEVER LEGAL DO ESTADO PROTEGER OS INTERESSES DOS DEMAIS BENEFICIÁRIOS E PARTICIPANTES DO PLANO. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ.
> 1. Com o julgamento, pela Segunda Seção, do REsp 1.345.326/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomao, ficou pacificado no âmbito do STJ que - muito embora conforme a iterativa jurisprudência do STJ como o juiz é o destinatário da prova, cabendo-lhe, por força do art. 130 do Código de Processo Civil, indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, para se chegar à conclusão de que a produção da prova requerida pela parte é relevante para a solução da controvérsia, é necessário o reexame de todos os elementos fáticos, a atrair a incidência do óbice intransponível imposto pela Súmula 7/STJ - no caso da relação contratual de previdência

privada, o sistema de capitalização constitui pilar de seu regime, pois tem caráter complementar - baseado na constituição de reservas, assentadas em cálculos matemáticos (atuariais), que garantam, em perspectiva de longo prazo, o benefício contratado.
2. Nessa linha, os planos de benefícios de previdência complementar são previamente aprovados pelo órgão público fiscalizador, de adesão facultativa, devendo ser elaborados com base em cálculos matemáticos (atuariais), embasados em estudos de natureza atuarial, e, ao final de cada exercício, devem ser reavaliados atuarialmente, de modo a prevenir ou mitigar prejuízos aos participantes e beneficiários do plano (artigo 43 da ab-rogada Lei n. 6.435/1977 e o artigo 23 da Lei Complementar n. 109/2001).
3. "Ademais, o art. 3º, VI, da Lei Complementar n. 109/2001 ostenta norma de caráter público, que impõe ao Estado, inclusive na sua função jurisdicional, proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios. Assim, conforme a jurisprudência das duas Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, para revisão de benefício pago por entidade de previdência privada é pertinente tomar em consideração o enfoque fático-jurídico acerca da manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do plano de custeio". (REsp 1345326/RS, Rel.
Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 08/05/2014) 4. Agravo regimental não provido.
(AgRg no REsp 1450597/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 21/10/2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REVISÃO DE PAGAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COMPLEMENTAR. CRITÉRIOS DE CÁLCULO. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. NECESSIDADE. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-ATUARIAL DO FUNDO.
1. A Segunda Seção desta Corte Superior firmou o entendimento de que deve ser feita perícia técnica nas demandas que envolvam a revisão de pagamento de benefício previdenciário complementar com a aplicação de critérios de cálculo diversos dos estabelecidos no plano de previdência privada em virtude de ser necessário verificar a influência dos novos valores no equilíbrio financeiro e atuarial da entidade de previdência privada.
2. O objetivo do fundo de previdência complementar não é propiciar ganhos reais ao participante, mas garantir o pagamento de benefícios de longo prazo previstos no plano contratado segundo as reservas financeiras constituídas sob o regime de capitalização. Assim, eventual determinação de pagamento de valores sem respaldo no plano de custeio pode implicar desequilíbrio contratual, a prejudicar a universalidade dos assistidos, o que fere os princípios do mutualismo e da primazia do interesse coletivo do plano.
3. Agravo regimental não provido.
(AgRg no REsp 1245190/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 25/09/2014).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, ERRO MATERIAL OU OBSCURIDADE.
INEXISTÊNCIA. PLANO DE BENEFÍCIOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. ALTERAÇÃO REGULAMENTAR. ATINGE TODOS AQUELES PARTICIPANTES QUE NÃO SÃO AINDA ELEGÍVEIS AO BENEFÍCIO. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DE DIREITO ADQUIRIDO ÀS NORMAS DO REGULAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA VIGENTE NA OCASIÃO DE SUA ADESÃO À RELAÇÃO CONTRATUAL. DESCABIMENTO. MATÉRIA INTEGRALMENTE INFRACONSTITUCIONAL - CONSOANTE PRECEDENTE DO STF - E DE COMPETÊNCIA DESSA CORTE, QUE TEM A MISSÃO CONSTITUCIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO FEDERAL. PLEITO QUE NÃO TEM NENHUM SUPEDÂNEO NA AB-ROGADA LEI N. 6.435/1977 NEM NA VIGENTE LEI COMPLEMENTAR N. 109/2001. SÓ HÁ DIREITO ADQUIRIDO AO BENEFÍCIO - NOS MOLDES DO REGULAMENTO VIGENTE DO PLANO - NO MOMENTO EM QUE O PARTICIPANTE PASSA A TER DIREITO AO BENEFÍCIO COMPLEMENTAR DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. PRECEDENTES DAS DUAS TURMAS QUE COMPÕEM A SEGUNDA SEÇÃO. REQUERIMENTO, NA FASE DE CONHECIMENTO, DE PRODUÇÃO DE PERÍCIA ATUARIAL PARA DEMONSTRAR DESEQUILÍBRIO ATUARIAL QUE ADVIRÁ DO EVENTUAL ACOLHIMENTO DO PLEITO, ASSIM COMO A AUSÊNCIA DE FONTE DE CUSTEIO. PEDIDO DE PROVA QUE, EM VISTA DAS PECULIARIDADES DO REGIME DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, MOSTRA-SE, INEQUIVOCAMENTE, PERTINENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PERÍCIA ATUARIAL, INCLUSIVE POR SER DEVER LEGAL DO ESTADO PROTEGER OS INTERESSES DOS DEMAIS BENEFICIÁRIOS E PARTICIPANTES DO PLANO. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ.
1. "PREVIDENCIÁRIO. DIREITO ADQUIRIDO AO RECEBIMENTO DE COMPLEMENTAÇÃO DE BENEFÍCIO DE ACORDO COM AS REGRAS VIGENTES NO PERÍODO DE ADESÃO AO PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. AUSÊNCIA DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL". (ARE 742083 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 13/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 28-06-2013 PUBLIC 01-07-2013) 2. Os regulamentos dos planos de benefícios evidentemente podem ser revistos, em caso de apuração de déficit ou superávit, decorrentes de projeção atuarial que no decorrer da relação contratual não se confirme, pois no regime fechado de previdência privada há um mutualismo, com explícita submissão ao regime de capitalização.

> 3. Os desequilíbrios verificados, isto é, a não confirmação de premissa atuarial decorrente de fatores diversos - até mesmo exógenos, como por exemplo a variação da taxa de juros que remunera os investimentos -, resultando em eventuais superávits ou déficits verificados no transcurso da relação contratual, repercutem para o conjunto de participantes e beneficiários.
> 4. "Dessarte, os vigentes arts. 17, parágrafo único e 68, § 1º, da Lei Complementar 109/2001 dispõem que as alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão público fiscalizador, só sendo considerados direito adquirido do participante os benefícios a partir da implementação de todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento vigente do respectivo plano de previdência privada complementar. Precedentes." (REsp 1184621/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 09/05/2014) 5. Com o julgamento, pela Segunda Seção, do REsp 1.345.326/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomao, ficou pacificado no âmbito do STJ que - muito embora conforme a iterativa jurisprudência do STJ como o juiz é o destinatário da prova, cabendo-lhe, por força do art. 130 do Código de Processo Civil, indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, para se chegar à conclusão de que a produção da prova requerida pela parte é relevante para a solução da controvérsia, é necessário o reexame de todos os elementos fáticos, a atrair a incidência do óbice intransponível imposto pela Súmula 7/STJ - no caso da relação contratual de previdência privada, o sistema de capitalização constitui pilar de seu regime, pois tem caráter complementar - baseado na constituição de reservas que garantam, em perspectiva de longo prazo, o benefício contratado -, adesão facultativa e organização autônoma em relação ao regime geral de previdência social. Nessa linha, os planos de benefícios de previdência complementar são previamente aprovados pelo órgão público fiscalizador, de adesão facultativa, devendo ser elaborados com base em cálculos matemáticos (atuariais), embasados em estudos de natureza atuarial, e, ao final de cada exercício, devem ser reavaliados atuarialmente, de modo a prevenir ou mitigar prejuízos aos participantes e beneficiários do plano (artigo 43 da ab-rogada Lei n. 6.435/1977 e o artigo 23 da Lei Complementar n. 109/2001).
> 6. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.
> (EDcl no REsp 1298536/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2014, DJe 04/08/2014).

Conforme ressaltado nos julgados acima colacionados, somente haveria prescindibilidade de produção de perícia atuarial quando subsistirem elementos suficientes, já em sede de execução, para demonstrar claramente os valores a serem

deferidos aos beneficiários do plano de previdência privada, o que não se evidencia no caso concreto, uma vez que ainda persiste o dever de analisar os detalhamentos do saldo devedor pelo Juízo *a quo*, referentes a segunda fase da Ação de Prestação de Contas, resultando na declaração de existência ou não de saldo devedor, bem como na especificação do *quantum*.

Acrescente, ainda, que a legislação que disciplina a profissão de Atuário – Decreto-Lei nº. 806, de 04 de setembro de 1969 – dispõe em seu art. 5º, o seguinte:

> Art. 5º Compete, privativamente, ao Atuário:
>
> a) a elaboração dos planos técnicos e a avaliação das reservas matemáticas das empresas privadas de seguros e de capitalização, das instituições de Previdência Social, das Associações ou Caixas Mutuárias de pecúlios ou sorteios e dos órgãos oficiais de seguros e resseguros;
> b) a determinação e tarifação dos prêmios de seguros de todos os ramos, e dos prêmios de capitalização, bem como dos prêmios especiais ou extra-prêmios relativos a riscos especiais;
> c) a análise atuarial dos lucros dos seguros e das formas de sua distribuição entre os segurados e entre portadores dos títulos de capitalização;
> d) a assinatura, como responsável técnico, dos balanços das empresas de seguros e de capitalização, das carteiras dessas especialidades mantidas por instituições de previdência social e outros órgãos oficiais de seguros e resseguros e dos balanços técnicos das mutuárias de pecúlios ou sorteios, quando publicados;
> e) a desempenho de cargo técnico-atuarial no Serviço Atuarial do Ministério do Trabalho e Previdência Social e de outros órgãos oficiais semelhantes, encarregados de orientar e fiscalizar atividades atuariais;
> f) a peritagem e a emissão de pareceres sôbre assuntos envolvendo problemas de competência exclusivamente do atuário.

Nesta senda, o envio dos autos ao Setor de Contadoria Judicial resulta em lesão grave e de difícil reparação à entidade Agravante, a uma, por prolongar desnecessariamente o trâmite processual ao remeter o processo para exame de profissional não habilitado para emissão de parecer; a duas, por acarretar em cerceamento de defesa ao viabilizar avaliação na constituição de reservas dos beneficiários sem verificar o cálculo atuarial, em respeito a constituição dos valores levantados pelos segurados, bem como no equilíbrio financeiro da entidade de previdência privada.

Via de consequência, deve-se também rever a incidência da multa cominada pelo Juízo *a quo* ao julgar os Embargos de Declaração apresentados pela parte insurgente. *In casu*, não se pode evidenciar à espécie que os Aclaratórios ajuizados

resultaram em intento protelatório, pois o desacerto do despacho acarretou ao litigante prejuízo processual e a interposição dos Embargos de Declaração com o cunho infringente possuía plausibilidade, devendo afastar-se o encargo processual definido pelo Magistrada de Plano.

Para fins processuais, deverá a Magistrada de Plano cercar-se da prudência e cautela, com o escopo de evitar futuras nulidades processuais, atentando ao nomear perito e partes, aos termos do art. 421, e segs. do Código de Processo Civil, devendo o profissional selecionado adequar-se aos preceitos do Decreto-Lei nº. 806/69.

Pelas razões acima expendidas, CONHEÇO do presente recurso, para DAR-LHE PROVIMENTO, reconhecendo-se o cerceamento de defesa, de modo a obstar o envio dos autos à Contadoria Judicial.

Via de consequência, e com fundamento nos princípios da razoável duração do processo e na celeridade de sua tramitação, acolho o pleito meritório, devendo realizar-se o exame do saldo devedor na Ação de Prestação de Contas aos Agravados através de profissional Atuário, nos termos do Decreto-Lei nº. 806/69.

É como voto.

Fortaleza, 17 de dezembro de 2014.

PROCESSO: 0628719-13.2014.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: MARIA DO SOCORRO ALVES
AGRAVADOS: JOSÉ JOAQUIM NETO CISNE E CONCEIÇÃO ANGELA CARNEIRO CISNE
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CÍVIL. AÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO IMOBILIÁRIO. INTRANSFERIBILIDADE DO BEM. ALEGATIVA DE ILEGITIMIDADE DO MANDATÁRIO. ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA. INSTRUMENTO DE MANDATO. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. PODER GERAL DE CAUTELA. ART. 798, CPC. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A presente lide gira em torno da insurgência de Maria do Socorro Alves sobre a decisão que determinou a intransferibilidade do bem imóvel sob matrícula de nº. 5.413, no Cartório do 6º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Sobral.

2. A agravante alega que não se encontra nos autos documento que legitime a negociação do imóvel em seu nome, a qual foi, em tese, realizada por instrumento particular de mandato em favor de Alexandre Adolfo Alves Neto, irmão da recorrente.

3. Observa-se no bojo da Escritura Pública de Compra e Venda, lavrada pelo 2º Tabelionato de Registro Civil da Comarca de Sobral, o registro dos termos do instrumento particular de mandato, titularizado pela agravante, então mandante, em favor de Alexandre Adolfo Alves Neto, mandatário do instrumento.

4. Da mesma forma, não se consegue distinguir a verossimilhança das alegações apresentadas pela recorrente no que pertine a averbação AV-4/2461, realizada na Matrícula nº. 2.461 (fls. 37/38), bem como o registro R-1/5413, efetivado na matrícula nº. 5.413, em cotejo com a Escritura

Pública de Compra e Venda, pois os documentos atestam a transmissão do imóvel aos agravados e a terceiro, gerando equivocidade nos registros elaborados.

5. Diante da controvérsia acerca da transmissão do imóvel e da legitimidade dos atos perpetrados pelo mandatário, a agravante não aponta qual seria, de fato, a lesão grave e de difícil reparação em permanecer o imóvel inalienável durante o curto interregno da instrução processual, pois não apresenta nenhum fato a evidenciar o aludido prejuízo em que poderia recair acaso o imóvel permanecesse no estado em que se encontra.

6. O Magistrado de piso utilizou-se escorreitamente do preceito esculpido no art. 798 do CPC, e através do poder geral de cautela determinou a intransferibilidade do bem, alegando subsistir fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, medida que se impõe no caso concreto.

7. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e negar provimento ao agravo de instrumento nº. 0628719-13.2014.8.06.0000, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 25 de fevereiro de 2015

RELATÓRIO

Cogita-se de agravo de instrumento interposto por Maria do Socorro Alves em face da decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Sobral – CE que, em ação de nulidade de registro imobiliário de nº. 0055340-80.2014.8.06.0167, deferiu, liminarmente, medida cautelar garantindo a intransferibilidade do bem sob matrícula de nº. 5.413, no Cartório do 6º Ofício de Registro de Imóveis daquela Comarca, até ulterior deliberação do Juízo de plano.

Em sua minuta, a agravante, às fls. 01/08, aduz em suas razões recursais as seguintes argumentações, abaixo transcritas:

> "Trata-se de decisão interlocutória proferida nos autos de AÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO IMOBILIÁRIO C/C COM PERDAS E DANOS E PEDIDO DE LIMINAR movida contra a agravante pelo agravado. O MM. juiz "a quo" reconheceu os requisitos e concedeu liminar para que o Cartório do 6° ofício de Registro de Imóveis desta Comarca que se abstenha de realizar qualquer registro ou averbação junto à matrícula n° 5413, garantindo a sua intransferibilidade do bem em questão. Ocorre, que ao compulsar os autos verifica-se a falta da juntada da suposta procuração concedida ao Sr. Alexandre Adolfo Alves Neto para negociar o bem em nome da Agravante.
>
> Assim, na busca da cassação da decisão do juízo "a quo" com sua consequente reforma, vem o ora agravante interpor o presente. O inconformismo do agravante refere-se ao fato de que o Juízo "a quo", deferiu a medida liminar sem se quer (sic) analisar a documentação juntada aos autos, assim, se a parte Agravada relata que o bem foi vendido por meio de procuração, esta deveria está ao autos (sic) para fins de comprovação. A decisão interlocutória que acatou o pedido de intransferibilidade do bem sem se quer analisar a documentação necessária, ou seja, a suposta procuração, uma vez que a Agravante jamais passou tal documento ao Sr. Adolfo. A decisão encontra-se às fls. 19 - 22, em anexo. A r. Decisão monocrática merece reforma, pois conforme longamente debatido, o Agravado não juntou a suposta procuração.
>
> Desta forma, não há como comprovar que o bem foi realmente vendido para o Agravado, uma vez que a Agravante só vendeu para o Sr. Igor (segundo demandado). Em que pese a falta da procuração que supostamente outorga poderes ao suposto vendedor do bem. Assim, que seja apresentada pelo Agravado e em seguida, seja a decisão do juízo "a quo" reformada".

Documentos às fls. 09/40.

Através de despacho de fls. 46, reservei-me a apreciar a postulação de urgência após a formação do contraditório.

Contrarrazões das partes adversas alegam que os agravados adquiriram o imóvel da Sra. Maria do Socorro Alves, representada por seu irmão, Sr. Alexandre Adolfo Alves Neto, sendo tal avença ratificada através de escritura pública de compra e venda. Asseveram que surpreendentemente o imóvel fora vendido novamente ao Sr. Igor Parente Ferreira Gomes, conforme demonstra as averbações 03 e 04 da matrícula nº. 2.461 do Cartório do 1º Ofício de Imóveis da Comarca de Sobral e pelo registro 01 da matrícula nº. 5.413 do Cartório do 6º Ofício de Imóveis da Comarca de Sobral.

Discorrem que inexiste no caso em epígrafe a aludida lesão grave e de difícil reparação, uma vez inexistentes motivos fundantes a gerar prejuízo através da manutenção da liminar, subsistindo pretensão frágil e infundada que pode acarretar supressão de instância da matéria controversa, passível de gerar *periculum in mora inverso*.

Em conclusão, pleiteiam a rejeição da liminar ante a ausência dos requisitos necessários para sua concessão, bem como a manutenção integral da decisão recorrida, quanto a indisponibilidade de qualquer transferência do imóvel em questão.

Informações prestadas pelo Juízo *a quo*, fls. 59/63.

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

Ante a formação do contraditório e o amplo conjunto probatório encartado aos autos, passo a examinar a postulação meritória do presente recurso, observando-se as premissas do art. 522 e segs. do Código de Processo Civil.

A presente lide gira em torno da insurgência de Maria do Socorro Alves sobre a decisão que determinou a intransferibilidade do bem imóvel sob matrícula de nº. 5.413, no Cartório do 6º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Sobral.

Pela nova sistemática processual implantada pela Lei n.º 10.352/01 que alterou o art. 527 do Código de Processo Civil, o qual disciplina a interposição do agravo de instrumento, o Magistrado deve observar que:

> Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído incontinenti, o relator:
> I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)
> II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa; (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)
> III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

> IV - poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)
> V - mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial; (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)
> VI - ultimadas as providências referidas nos incisos III a V do caput deste artigo, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005).

Por sua vez, o art. 558 prescreve:

> Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Pelos termos dos enunciados normativos, percebe-se que a concessão do efeito suspensivo possui indiscutível cunho acautelatório, já que visa garantir a efetividade de provimento jurisdicional futuro em razão da existência de requisitos próprios, no caso, relevância da fundamentação e perigo de dano grave ou de difícil reparação.

A agravante, Sra. Maria do Socorro Alves alega que não se encontra nos autos documento que legitime a negociação do imóvel em seu nome, a qual foi, em tese, realizada por instrumento particular de mandato em favor de Alexandre Adolfo Alves Neto, irmão da recorrente.

Observa-se às fls. 33/36 dos autos, no bojo da Escritura Pública de Compra e Venda, lavrada pelo 2º Tabelionato de Registro Civil da Comarca de Sobral, o registro dos termos do instrumento particular de mandato, titularizado pela agravante, então mandante, em favor de Alexandre Adolfo Alves Neto, mandatário do instrumento. O aludido documento outorga poderes específicos para o mandatário "vender a quem quiser, cinco lotes de terra do Parque Joaquim Mariano, no Bairro Junco, na Cidade de Sobral".

Da mesma forma, não se consegue distinguir a verossimilhança das alegações apresentadas pela recorrente no que pertine a averbação AV-4/2461, realizada na Matrícula nº. 2.461 (fls. 37/38), bem como o registro R-1/5413, efetivado na matrícula nº. 5.413, em cotejo com a Escritura Pública de Compra e Venda, pois os documentos atestam a transmissão do imóvel aos agravados e a terceiro, gerando equivocidade nos registros elaborados.

Ressalte-se, ainda, que diante da controvérsia acerca da transmissão do imóvel e da legitimidade dos atos perpetrados pelo Sr. Alexandre Adolfo Alves Neto, a agravante não aponta qual seria, de fato, a lesão grave e de difícil reparação em permanecer o imóvel inalienável durante o curto interregno da instrução processual, pois não apresenta nenhum fato a evidenciar o aludido prejuízo em que poderia recair acaso o imóvel permanecesse no estado em que se encontra.

De fato, o Magistrado de piso utilizou-se escorreitamente do preceito esculpido no art. 798 do CPC, e através do poder geral de cautela determinou a intransferibilidade do bem, alegando subsistir fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, medida que se impõe no caso concreto.

Neste sentido, colaciono jurisprudência dos tribunais Pátrios:

> MANDADO DE SEGURANÇA. BLOQUEIO DE MATRÍCULA DE IMÓVEIS COMO MEDIDA CAUTELAR. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.
> 1. É possível o bloqueio de matrícula de imóveis, como medida provisória de natureza cautelar proferida no âmbito de um processo maior que vise à nulidade da matrícula ou do registro, nos termos do art. 214 § 3º da Lei de Registros Publicos. Precedentes do STJ.
> 2. Não sendo, a decisão judicial atacada, teratológica, manifestamente ilegal, ou proferida com abuso de poder, inexiste a caracterização de ato ilegal ou abusivo suficiente para a concessão da segurança.
> 3. Segurança denegada.
> (TJ-MA - MS: 0400192014 MA 0008229-08.2014.8.10.0000, Relator: PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA, Data de Julgamento: 19/12/2014, SEGUNDAS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, Data de Publicação: 19/01/2015)

> MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA. NULIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PRESENÇA DO "FUMUS BONI IURIS" E DO "PERICULUM IN MORA".
> 1. PRESENTES O "PERICULUM IN MORA" E O "FUMUS BONI IURIS", O DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR, PARA QUE

> SE OFICIE AO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS PARA QUE NÃO PROCEDA A NENHUMA AVERBAÇÃO EM RELAÇÃO AO IMÓVEL OBJETO DA LIDE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PRINCIPAL, É MEDIDA QUE SE IMPÕE.
> 2. RECURSO PROVIDO.
> (TJ-DF - APC: 20090110377214 DF 0059565-08.2009.8.07.0001, Relator: ANTONINHO LOPES, Data de Julgamento: 04/12/2013, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 14/01/2014 . Pág.: 105)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA - PEDIDO CAUTELAR INCIDENTAL - IMPEDIMENTO JUDICIAL DE TRANSFERÊNCIA DE COTAS SOCIAIS E IMÓVEIS - POSSIBILIDADE - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
> 1. A medida cautelar tem caráter provisório e subsidiário, isto é, a sua finalidade é a de evitar eventual irreparabilidade de dano, ou lesão a direito, com vistas ao equilíbrio das partes na relação processual até a definição do direito perseguido, no julgamento final da lide.
> 2. Presentes os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, a concessão de medida liminar acautelatória é medida que se impõe.
> 3. O lançamento de impedimento judicial de transferência das quotas sociais e dos imóveis pertencentes às rés, ora recorrentes, é medida que se impõe visando assegurar direitos, não só das partes envolvidas, como também de eventuais terceiros de boa-fé
> (TJ-MG , Relator: Wanderley Paiva, Data de Julgamento: 10/04/2013, Câmaras Cíveis / 11ª CÂMARA CÍVEL)
>
> ACÓRDÃO N.º 1.0116/2011. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE PERMITE A ALTERAÇÃO REGISTRAL DE IMÓVEL EM LITÍGIO. PERIGO DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO NÃO OBSERVADO, NA ESPÉCIE. RECURSO QUE SE CONHECE PARA, NO MÉRITO, NEGAR-LHE PROVIMENTO, MANTENDO A DECISÃO OBJURGADA. PODER GERAL DE CAUTELA. DETERMINAÇÃO DE ASSENTAMENTO DE CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE NO REGISTRO DO IMÓVEL COM O FITO DE GARANTIR A EFICÁCIA DO PROVIMENTO FINAL DA DEMANDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. DECISÃO UNÂNIME.
> (TJ-AL - AI: 00021861920108020000 AL 0002186-19.2010.8.02.0000, Relator: Des. Washington Luiz D. Freitas, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 21/02/2011)

Nesta senda, restando evidenciado que a medida cautelar de intransferibilidade do imóvel, provimento judicial de caráter provisório e subsidiário, visa somente evitar eventual irreparabilidade de dano ou lesão a direito de ambas as

partes até o julgamento final da lide, e não demonstradas a lesão grave e de difícil reparação da permanência da inalienabilidade do imóvel durante o interregno da instrução processual deve ser mantido integralmente o *decisum* vergastado.

Pelas razões acima expendidas, CONHEÇO do recurso intentado, mas para julgá-lo IMPROCEDENTE, mantendo-se integralmente a decisão prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Sobral – CE, de modo a garantir a intransferibilidade do bem sob matrícula de nº. 5.413, no Cartório do 6º Ofício de Registro de Imóveis daquela Comarca, até ulterior deliberação do Juízo de Plano nos autos do processo de nulidade de registro imobiliário de nº. 0055340-80.2014.8.06.0167.

É como voto.

Fortaleza, 25 de fevereiro de 2015.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0007773-74.2011.8.06.0000
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE MIRAÍMA
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
ORIGEM: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – VARA ÚNICA DA COMARCA DE MIRAÍMA
RELATORA: DESA. TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. CONCESSÃO DE LIMINAR QUE, CONSIDERANDO INTEMPESTIVA A MANIFESTAÇÃO DO RECORRIDO, DETERMINOU A INTERDIÇÃO DO MATADOURO PÚBLICO E A CESSAÇÃO DE SUAS ATIVIDADES EM VISTA DAS PÉSSIMAS CONDIÇÕES DE HIGIENE. IMPOSSIBILIDADE DE VALIDAÇÃO DE ATO REALIZADO FORA DO PRAZO. PRESENÇA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E PERIGO DA DEMORA. MANUTENÇÃO DA MEDIDA EXTREMA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A magistrada considerou intempestiva a manifestação do recorrente acerca do requesto liminar baseando-se em prazo estipulado por lei, ressaltando-se, ademais, que o STJ tem mitigado a regra que exige a oitiva prévia da pessoa jurídica de direito público quando presentes os requisitos para a medida extrema, como *in casu*.

2. A decisão judicante que determinou a interdição do matadouro municipal está sobejamente justificada na plausibilidade do direito, considerando que se trata de Área de Preservação Permanente às margens do rio Aracatiaçu, violando a Resolução do CONAMA nº 369/2006. Fundamenta o perigo da demora nas precárias condições de higiene, que causam visível prejuízo à população residente nas proximidades do prédio público e podem causar a poluição fluvial e dos lençóis freáticos.

3. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento de nº 0007773-74.2011.8.06.0000.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso de Agravo de Instrumento, para desprovê-lo, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2014

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto às fls. 01/12 pelo **Município de Miraíma**, em reproche ao *decisum* prolatado pela Meritíssima Juíza da Comarca Vinculada de Miraíma (fls. 94/96), nos autos da **Ação Civil Pública nº 566-66.2012.8.06.0201/0,** o qual mandou desentranhar manifestação do ora recorrente acerca do pedido liminar protocolizada a destempo, bem como concedeu liminar que determinou a cessação imediata da reforma do prédio público do matadouro municipal e sua interdição para qualquer atividade de abate de animais, arbitrando multa de R$1.000,00 diários em caso de descumprimento da medida.

Alega o ente, para tanto, formalismo exacerbado na constatação de intempestividade de sua manifestação a respeito do pedido liminar, e no mais, a ausência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora,* argumentando que a desativação do matadouro causará sérios prejuízos à população, que ficará privada do fornecimento de alimentação enquanto não se ultimar a entrega de novo matadouro em fase de construção.

Efeito suspensivo indeferido às fls. 120/124.

O *Parquet* contrarrazoou às fls. 129/137, postulando, preliminarmente, incognoscibilidade do recurso em exame, ante a ausência de demonstração de risco de lesão grave e de difícil reparação à parte que justifique a interposição de Agravo de Instrumento, e, no caso de não acolhimento da prefacial, requer a negativa de provimento ao agravo.

A PGJ emitiu o parecer de fls. 144/149 opinando pelo desprovimento do recurso, considerando ausente fundamentação que justifique a rescisão da tutela concedida.

Relatado a curto.
Peço data para julgamento.

Fortaleza, 11 de novembro de 2014

VOTO

Ad primum, ***"contra decisão liminar ou antecipatória da tutela, o agravo comumente assume a forma "de instrumento", em face da urgência dessas medidas e dos sensíveis efeitos que normalmente produzem na esfera de direitos e interesses das partes"***. Além disto, restaram preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos do recurso, razão pela qual conheço do agravo (AgRg no RMS 42.083/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 16/09/2014).

Quanto a eventual excesso de rigor formal pela Magistrada de 1ª Instância, ao considerar intempestiva a manifestação do Município recorrente acerca do requesto por liminar, tem-se que a decisão guiou-se irrepreensivelmente pelo artigo 2º da Lei nº 8.429/92, que prevê o prazo de 72 horas. Como bem ponderado pelo então E. Relator ao analisar o requesto por efeito suspensivo, "não há previsão legal para validar ato intempestivo, mesmo realizado sob o formalismo processual previsto em nossos códigos, ou de maneira diversa, e ainda que alcance a sua finalidade" (fls. 123). Ademais, ***"a jurisprudência do STJ tem mitigado, em hipóteses excepcionais, a regra que exige a oitiva prévia da pessoa jurídica de direito público nos casos em que presentes os requisitos legais para a concessão de medida liminar em ação civil pública"***, como *in casu* (REsp 1018614/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 06/08/2008).

A decisão judicante detectou a plausibilidade jurídica do pedido, pelo fato de o matadouro público interditado se localizar em região de Área de Preservação Permanente às margens do rio Aracatiaçu, violando a Resolução do CONAMA nº 369/2006. Quanto ao perigo da demora, ponderou a MM. Juíza às fls. 95 que "caso a liminar não seja rapidamente concedida, haverá visível prejuízo à população que mora nas proximidades do referido matadouro municipal", ressaltando que fotos anexadas aos autos revelam que as carcaças dos animais mortos são expostas a céu aberto quase às margens do rio Aracatiaçu, exalando terríveis odores na vizinhança, facilitando a proliferação de doenças e a poluição fluvial e dos lençóis freáticos da região.

Por conseguinte, encontra-se sobejamente justificada a premência das providências ordenadas liminarmente, em evidência que a Ação Civil Pública originária

foi devidamente embasada no Inquérito Civil nº 01/2011, instaurado pela Portaria constante às fls. 41/42, e que tais condições precárias foram atestadas por meio do Relatório Técnico de Vistoria nº 67/2011 (fls. 54/67), elaborado a pedido da Promotoria de Justiça de Miraíma.

Acerca do assunto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que ***"o dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado"*** (REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013).

Esta Corte de Justiça também tem reafirmado a relevância da preservação ambiental, assentando que *"o direito ao meio ambiente saudável e digno consiste em direito difuso, do qual são titulares todos os que integram a comunidade"* (TJCE, Agravo de Instrumento 29539-57.2009.8.06.00000, 3ª Câmara Cível, rel. Des. WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAUJO, registrado em 29/08/2012).

Isto posto, conheço do agravo de instrumento, para desprovê-lo.

É o voto.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2014

Agravo Regimental

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº002987734.2010.8.06.0117/5 0000.
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE MARACANAÚ.
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE.

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RAZÕES RECURSAIS INSUFICIENTES À IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. PRECEDENTES DO STJ. REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. Trata o caso de agravo regimental interposto em face de decisão monocrática desta Relatora, proferida em sede de apelação cível, que não conheceu do recurso interposto, diante da inadequação da via eleita pelo recorrente.

2. É pacífico entendimento segundo o qual o recurso deve rebater, de maneira precisa e direta, as razões utilizadas pelo Julgador para embasar o seu convencimento, sob pena de não conhecimento da insurgência.

3. No caso em análise, ao apresentar este agravo regimental, o recorrente aduziu argumentos que não detêm qualquer relação com os fundamentos da decisão monocrática recorrida, restando inobservado, portanto, o Princípio da Dialeticidade.

- Agravo Regimental não conhecido.
- Decisão monocrática mantida.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo Regimental em Apelação Cível nº 0029877-34.2010.8.06.0117/50000, em que figura a parte acima indicada. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em **não conhecer do agravo regimental interposto**, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 20 de abril de 2012.

RELATÓRIO

O presente recurso foi interposto devido à insatisfação do agravante com a decisão desta Relatora que, monocraticamente, não conheceu da apelação cível interposta.

O caso/a ação originária: o Município de Maracanaú ajuizou Ação de Execução Fiscal em face de José Gerardo Bezerra, com base em certidão da dívida ativa, oriunda de débitos de IPTU, no valor de R$ 202,41 (duzentos e dois reais e quarenta e um centavos).

À fl. 06, o Julgador *a quo* proferiu despacho determinando que o exequente acostasse aos autos a notificação por meio da qual foi o devedor cientificado a respeito do débito em análise.

Contudo, o Município de Maracanaú limitou-se a apresentar petição (fls. 08/11) aduzindo, em síntese, a absoluta regularidade do procedimento que culminou com a expedição da certidão de dívida ativa acostada à fl. 03.

A Sentença: às fls. 13/14, o douto magistrado da 4ª Vara da Comarca de Maracanaú decidiu pela extinção do processo sem resolução de mérito. Transcrevo o dispositivo da sentença:

> "A inércia do município em cumprir a determinação judicial importou em contumácia, motivo pelo qual, determino a extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, c.c. 284 e 295 do Código de Processo Civil Brasileiro".

A Apelação: irresignado, o ente público interpôs recurso (fls. 16/29) reiterando os argumentos apresentados na petição de fls. 08/11 para, ao final, pugnar pela reforma do *decisum*, consequente prosseguimento da execução.

À fl. 34, Termo de Distribuição dos autos, por encaminhamento, à 3ª Vara da Comarca de Maracanaú.

Inexistiram contrarrazões, conforme despacho de fl. 35.

Desnecessária a intervenção do Ministério Público, nos termos da Súmula 189 do STJ.

Decisão monocrática recorrida: esta Relatora não conheceu da apelação cível interposta, nos seguintes termos (fls. 43/48):

> "Por tais razões, em face do firme posicionamento jurisprudencial a respeito da matéria, com esteio nas disposições contidas no Art. 557 do CPC, considerando, ainda, o disposto no Art. 34 da Lei de Execuções Fiscais, **monocraticamente, não conheço da apelação interposta, uma vez que incabível para a espécie, restando, por decorrência lógica, inalterada a decisão de 1º grau**."

Agravo Regimental: inconformado, o Município de Maracanaú interpôs recurso (Agravo Regimental nº 0029877-34.2010.8.06.0117/50000) afirmando, em síntese, que a "*apelação restou negada monocraticamente pelo Relator face à presunção da data de vencimento do IPTU*".

É o relatório.

Sem revisão e desnecessária a inclusão em pauta.

VOTO

De conformidade com o relatado, depreende-se que se trata de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu da apelação cível interposta, mantendo, por decorrência lógica, a sentença proferida em 1º grau de jurisdição.

O presente agravo regimental não merece ser conhecido, uma vez que o agravante, em suas razões, limitou-se a afirmar, de maneira equivocada, que esta Relatora haveria reconhecido eventual ocorrência do instituto processual da prescrição, não fazendo qualquer referência específica aos fundamentos da monocrática prolatada, que, em verdade, houve por bem não conhecer do recurso por inadequação da via eleita, nos termos do Art. 34 da Lei de Execuções Fiscais.

Sendo assim, flagrante é a inobservância ao princípio processual da dialeticidade, segundo o qual o recurso deve rebater, de maneira fundamentada e direta, as razões utilizadas pelo Julgador para embasar o seu convencimento, sob pena de não conhecimento da insurgência recursal.

Como sabido, o ordenamento jurídico pátrio não admite o recurso genérico ou inespecífico, conforme lecionam os juristas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, na obra *"Código de Processo Civil Comentado",* 7ª edição, pág. 882, *in verbis*:

> "O apelante deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais entende deva ser anulada ou reformada a sentença recorrida. Sem as razões do

> inconformismo, o recurso não pode ser conhecido (...). O momento adequado para apresentar-se a fundamentação do recurso de apelação é o da sua interposição. (...). Juntamente com a fundamentação, o pedido de nova decisão delimita o âmbito de devolutividade do recurso de apelação: só é devolvida ao tribunal ad quem a matéria efetivamente impugnada (tantum devolutum quantum appellatum). Sem as razões e/ou pedido de nova decisão, não há meios de se saber qual foi a matéria devolvida. Não pode haver apelação genérica, assim como não se admite pedido genérico, como regra. Assim como o autor delimita o objeto litigioso (lide) na petição inicial (CPC 128), devendo o juiz julgá-lo nos limites em que foi deduzido (CPC 460), com o recurso de apelação ocorre o mesmo fenômeno: o apelante delimita o recurso com as razões e o pedido de nova decisão, não podendo o tribunal julgar além, aquém ou fora do que foi pedido."

Este egrégio Tribunal de Justiça, em recentes decisões e em casos análogos, assim decidiu:

> "PROCESSUAL CIVIL. **AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO**.
> 1. **Nos termos de reiterada e pacífica jurisprudência do Tribunal de Justiça, embasada**, por analogia, nas súmulas nº 182 do STJ e nº 283 do STF e **no princípio da dialeticidade, não se conhece de Agravo Regimental que deixa de infirmar os fundamentos da decisão agravada, limitando-se a externar a irresignação sob o rótulo genérico de sua pretensa incorreção jurídica**. Precedentes. 2. Agravo regimental não conhecido."
> (TJCE; AR 3054973200880600002; 2ª CÂMARA CÍVEL; Relatora: Desa. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA; 24/09/2010) (destacamos)
> * * * * *
>
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. CURSO DE FORMAÇÃO. POLÍCIA MILITAR. IDADE MÁXIMA. DECISÃO ISOLADA DO RELATOR QUE DÁ PROVIMENTO AO AGRAVO. **AGRAVO REGIMENTAL. RAZÕES DISSOCIADAS DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. FERIMENTO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO**.
> 1 - Visando à reconsideração da decisão, espera-se que o recorrente apresente argumentos novos e robustos, capazes de fulminar a decisão que se ataca, motivo pelo qual as razões devem estar direcionadas de modo a infirmá-la, rendendo as devidas homenagens ao princípio da dialeticidade. 2 - **Havendo a decisão agravada encontrado sustentáculo em repositório jurisprudencial de Tribunais Superiores**, inclusive com a indicação de súmula do STF, **cabia ao recorrente apresentar fundamentos com força a infirmar o acerto da decisão, ou ao menos a demonstrar a inadequação**

> **daqueles precedentes ao fato narrado, o que não aconteceu**. 3 - **Não se conhece de recurso que não ataca especificamente os fundamentos da decisão agravada**. Inteligência do enunciado das Súmulas 182 do STJ e 287 do STF. Agravo Regimental não conhecido."
> (TJCE; AR 3201704201080600001; 3ª CÂMARA CÍVEL; Relatora: Desa. EDITE BRINGEL OLINDA ALENCAR; 08/07/2010) (destacamos)

Outro não é o entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> "**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA RECURSAL E AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE**. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 287/STF E 182/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. O agravante deve atacar, de forma específica, os argumentos lançados na decisão combatida, sob pena de vê-la mantida. 2. Incidência das Súmulas 287/STF e 182/STJ. 3. **Em obediência ao princípio da dialeticidade, deve o agravante demonstrar o desacerto da decisão agravada, não se afigurando suficiente a impugnação genérica ao 'decisum' combatido. Precedentes**. 4. Decisão agravada mantida. 5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO."
> (AgRg no Ag 1270282/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 17/02/2012) (destacamos)
> * * * * *
>
> "PROCESSUAL CIVIL. **RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DA DECISÃO AGRAVADA.** REGULARIDADE FORMAL. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ.
> 1. **Em observância ao Princípio da Dialeticidade, as razões recursais devem guardar correlação lógica com a decisão contra a qual o recurso é interposto. Precedentes**. 2. Hipótese em que o Tribunal a quo valeu-se das premissas fáticas dos autos (documentos que instruíram o recurso) para concluir pela ausência de correlação lógica entre a decisão agravada e as razões do agravo de instrumento. 3. A modificação do entendimento demandaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ. Agravo regimental improvido."
> (AgRg no Ag 1413832/PA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 11/11/2011) (destacamos)
> * * * * *
>
> "**AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA RECURSAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO**

> **ESPECÍFICA. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL**. SÚMULAS 287/STF E 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.
> 1. **Em obediência ao princípio da dialeticidade, deve o agravante demonstrar o desacerto da decisão agravada, trazendo argumentos aptos a infirmá-la, sob pena de vê-la mantida** (Súmulas 287/STF e Súmula 182/STJ). 2. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO."
> (AgRg no AgRg no REsp 1027841/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 01/02/2012) (destacamos)

De fato, o melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial sustenta como pressuposto objetivo do recurso, entre outros, a sua clara e precisa fundamentação.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTARIO. RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APRESENTAÇÃO DA GUIA DE PREPARO NO ATO DA INTERPOSIÇÃO: NECESSIDADE. ACORDÃO APOIADO EM FUNDAMENTO PRINCIPAL. ATAQUE FRONTAL: IMPRESCINDIBILIDADE. (…)
> **O Requisito de admissibilidade da regularidade formal só estará satisfeito, se o recorrente apresentar em suas razões recursais os motivos pelos quais não merece substituir o fundamento no qual está apoiado o aresto recorrido.** Inteligência do art, 540 C/C o art. 514, II, ambos do CPC. (...)"
> (RMS 8784/MA, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/1997, DJ 10/11/1997 p. 57731) (destacamos)

Por tudo isto, o não conhecimento do presente agravo regimental, consequente manutenção da decisão monocrática recorrida, é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Por tais razões, voto no sentido de não conhecer do Agravo Regimental interposto, ante a manifesta violação ao Princípio da Dialeticidade Recursal, mantendo, por decorrência lógica, inalterada a decisão monocrática recorrida, proferida por esta Relatoria.

É como voto.

Fortaleza, 20 de abril de 2012.

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº051774775.2011.8.06.0001/5 0000.
AGRAVANTE: BANIF – BANCO INTERNACIONAL DO FUNCHAL (BRASIL) S.A.
AGRAVADA: FRANCILENE LEANDRO OLIVEIRA MENDES.
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. REGIMENTAL CONTRA MONOCRÁTICA QUE DECIDIU APELO. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. MÉRITO. ART. 285-A DO CPC. INDEFERIMENTO LIMINAR. NECESSIDADE DE CASOS IDÊNTICOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. QUESTÕES DE FATO DISCUTIDAS NA LIDE. SENTENÇA ANULADA. PRECEDENTES. REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Trata o caso de agravo regimental interposto em face de decisão monocrática desta Relatora, proferida em sede de apelação cível, que conheceu do recurso interposto, para anular a sentença proferida em 1º grau de jurisdição, nos termos do Art. 557 do CPC.

2. A aplicação do Art. 285-A do CPC somente se afigura possível quando o caso posto à apreciação do Julgador e a decisão utilizada como paradigma guardem entre si similitude tal que se torne desnecessária a continuidade da demanda, uma vez que a solução será, invariavelmente, a mesma, qual seja, a improcedência da ação.

3. No caso dos autos, os pressupostos de aplicação do referido dispositivo não restaram devidamente observados, bastando, para tanto, que se proceda a simples comparação entre os pedidos formulados na inicial e aqueles analisados na decisão utilizada como paradigma para que se perceba a ausência de identidade entre ambos.

4. Ademais, não se pode olvidar que o pedido relativo à indenização por danos morais se consubstancia em matéria eminentemente de fato, tornando imprescindível a produção de provas e, ato contínuo, afastando a incidência do Art. 285-A do CPC, que se refere a questões que versem acerca de matéria "*unicamente de direito*".

5. Sendo assim, impõe-se a anulação da sentença e o consequente retorno do feito à origem.
- Agravo Regimental conhecido e desprovido.
- Decisão monocrática mantida.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo Regimental em Apelação Cível nº 0517747-75.2011.8.06.0001/50000, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em **conhecer do agravo regimental interposto, mas para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão recorrida**, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 04 de junho de 2012.

RELATÓRIO

O presente recurso foi interposto devido à insatisfação do agravante com a decisão desta Relatora que, monocraticamente, conheceu da apelação cível interposta, para anular a sentença proferida em 1º grau de jurisdição.

O caso/a ação originária: Francilene Leandro Oliveira Mendes promoveu ação revisional de cláusulas contratuais em virtude de haver verificado irregularidades nos termos da Cédula de Crédito Bancário firmada junto ao Banif – Banco Internacional do Funchal (Brasil) S.A. Para tanto, houve por bem impugnar algumas das cláusulas contratuais insertas na avença, bem como suplicar pela condenação do promovido a título de danos morais pela suposta maneira abusiva como haveria se dado a cobrança do débito em questão.

A Sentença: a Magistrada da 13ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza decidiu pela **improcedência liminar** dos pedidos formulados pela parte autora, nos termos do Art. 285-A do CPC (fls. 32/36). Transcrevo o dispositivo da sentença:

> "Diante do exposto, julgo, por sentença, **IMPROCEDENTE** o pedido autoral, com resolução de mérito, nos termos do art. 285-A, *caput*, do Código de Processo Civil".

A apelação: inconformada, Francilene Leandro Oliveira Mendes interpôs recurso (fls. 38/55) renovando os argumentos da inicial para, ao fim, pugnar pela anulação da sentença, consequente retorno dos autos à origem para prosseguimento da demanda.

Contrarrazões, às fls. 75/107, defendendo, preliminarmente, a regularidade da aplicação do Art. 285-A do CPC em 1º grau de jurisdição. No mérito, Banif – Banco Internacional do Funchal (Brasil) S.A. rechaçou os argumentos apresentados pela parte adversa, suplicando pela manutenção do decisório proferido na instância *a quo*, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Decisão monocrática recorrida: esta Relatora conheceu do recurso interposto, para anular a sentença proferida em 1º grau de jurisdição, nos seguintes termos (fls. 131/139):

> "Por tais razões, em face do firme posicionamento jurisprudencial a respeito da matéria, com esteio nas disposições contidas no Art. 557 do CPC, **conheço da apelação interposta para, monocraticamente, anular a sentença recorrida**, para o fim específico de que os autos retornem à origem e sigam seu regular trâmite processual."

Agravo Regimental: inconformado, Banif – Banco Internacional do Funchal (Brasil) S.A. interpôs recurso (Agravo Regimental nº 0517747-75.2011.8.06.0001/50000) aduzindo, em síntese, que a questão discutida nos autos deveria ser submetida à apreciação da respectiva Turma Julgadora.

É o relatório.

Sem revisão e desnecessária a inclusão em pauta.

VOTO

De conformidade com o relatado, depreende-se que se trata de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que anulou a sentença proferida em 1º grau de jurisdição.

1. Da correção do provimento monocrático.

Inicialmente, cumpre estabelecer que se entende pela plena aplicação do Art. 557 do CPC ao caso, uma vez que a *quaestio juris* já foi iterativamente ventilada

na jurisprudência e guarda sintonia com o entendimento desta Corte e dos Tribunais Superiores, como demonstram os precedentes colacionados na decisão agravada.

No entanto, para superar qualquer alegação de irregularidade formal, trago os autos ao plenário da Câmara para reapreciação do recurso pela Turma Julgadora, providência que, como firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, afasta qualquer eventual nulidade:

> "TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC - IMPOSTO DE RENDA - NÃO INCIDÊNCIA SOBRE VERBAS INDENIZATÓRIAS - AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO - AUXÍLIO-TRANSPORTE.
> 1. **A eventual nulidade da decisão monocrática calcada no art. 557 do CPC fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, na via de agravo regimental**. (…) Agravo regimental improvido".
> (STJ; AgRg no REsp 1177624/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 23/04/2010) (destacamos)

Passemos a reanalisar a discussão.

2. Da apreciação do recurso.

O presente agravo regimental não merece provimento, uma vez que, *in casu*, não foi trazido qualquer subsídio pela parte agravante com capacidade de possibilitar a alteração dos fundamentos da decisão vergastada e, nesses termos, continuam imaculados e impassíveis de modificação os argumentos nos quais o entendimento foi firmado, subsistindo em si mesmas as razões assentadas anteriormente.

Com efeito, os casos de indeferimento liminar da ação, relativos a demandas repetitivas, encontram-se previstos no Art. 285-A do CPC, dispositivo no qual restam rigorosamente disciplinados os requisitos necessários para a adoção de tal medida, conforme adiante se vê:

> "Art. 285-A. **Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos**, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada." (destacamos)

Logo, o que se percebe, mediante simples leitura do comando normativo acima transcrito, é que o Julgador somente poderá utilizar-se de tal medida quando os

casos postos à sua apreciação tratem exclusivamente de questões de direito e sejam absolutamente idênticos, ou seja, o caso anterior, utilizado como paradigma, e o feito que estiver sendo analisado pelo Magistrado devem guardar entre si similitude tal que se torne despicienda a continuidade da demanda, uma vez que a solução será, invariavelmente, a mesma, qual seja, a improcedência da ação.

Pois bem, no caso dos autos, sobressai induvidosa conclusão no sentido de que referidos pressupostos não restaram devidamente observados em 1ª instância, bastando, para tanto, que se proceda a simples comparação entre os pedidos formulados na inicial (cobrança de juros remuneratórios superiores a 12% a.a.; ilegalidade do anatocismo e da comissão de permanência; multa moratória acima de 2% sobre o valor da parcela em atraso; bem como indenização por supostos danos morais) e aqueles analisados na decisão utilizada como paradigma (juros remuneratórios acima de 12% a.a.; anatocismo; comissão de permanência; incidência da TR; repetição de indébito; taxa de abertura de crédito e emissão de boleto) para que se perceba a ausência de identidade entre ambos.

Ademais, não se pode olvidar que o pedido relativo à indenização por danos morais se consubstancia em matéria eminentemente de fato, tornando imprescindível a produção de provas e, ato contínuo, afastando a incidência do Art. 285-A do CPC, que se refere a questões que versem acerca de matéria "*unicamente de direito*".

Logo, a inobservância de tais requisitos implica a anulação do feito e o consequente retorno dos autos à origem, em atenção às disposições legais aplicáveis à espécie, tendo em vista que, se não há perfeita identidade entre a matéria debatida na sentença apontada como paradigma e os pedidos formulados no feito objeto de julgamento, não é possível a aplicação do preceito do Art. 285-A do CPC.

Por entender oportuno, transcrevo os ensinamentos de Fredie Didier Jr. sobre a matéria, *in verbis*:

> "(...) São causas que poderiam ter sido reunidas em uma ação coletiva. São exemplos: discussão de reajuste para uma categoria profissional, inexigibilidade de certo tributo, determinado direito em face de uma concessionária de serviço público etc. Se o magistrado já tiver concluído, em outros processos, que aquela pretensão não deve ser acolhida, fica dispensado de citar o réu, podendo julgar antecipadamente o mérito da causa. "**O dispositivo não autoriza a simples juntada de uma cópia de sentença-tipo, ou seja, uma cópia reprográfica da sentença já proferida, mas sim que seu teor, seu conteúdo, seja reaproveitado para solucionar a nova demanda**" [DIAS, Jean Carlos."A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro - Lei n. 11.277", p.68]. **É preciso**

> **demonstrar que *a ratio decidendi* da sentença-paradigma serve à solução do caso ora apresentado ao magistrado**."
> (*in* Curso de Direito Processual Civil, Volume 1 – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento; 10ª edição; Editora *JusPodium;* Bahia; 2008; pág. 449) (destacamos)

Neste sentido, o posicionamento desta egrégia Corte de Justiça:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. **CPC, ART. 285-A. NÃO INCIDÊNCIA. SENTENÇA. NULIDADE**.
> 1. **A improcedência liminar do pedido impõe que a controvérsia da causa seja unicamente de direito e que os precedentes tratem de casos idênticos ao analisado**, a impor o reconhecimento de nulidade do decisório final que, com amparo no art. 285-A do CPC, rejeita de pronto ação revisional de contrato de arrendamento mercantil com alienação fiduciária em garantia, reproduzindo, para tanto, sentença prolatada em ação revisional de contratos de empréstimo bancário mediante consignação em folha de pagamento. 2. Apelação provida para declarar a nulidade da sentença, prejudicados os demais pontos da insurreição."
> (TJCE; APC 9504778200880600011; 1ª CÂMARA CÍVEL; Relator: Des. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA; 14/04/2011) (destacamos)
> * * * * *

> "APELAÇÃO CÍVEL - **AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - INDEFERIMENTO DA INICIAL POR RAZÕES DE MÉRITO - IMPOSSIBILIDADE NOS CASOS EM QUE NÃO SE CONFIGURA A HIPÓTESE DO ART. 285-A DO CPC**.
> 1. As hipóteses de indeferimento da petição inicial estão elencadas no art. 295 do Código de Processo Civil. Destarte, não se configurando nenhuma destas hipóteses, assim como também não sendo o caso de prescrição ou decadência e estando presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, cumpre ao magistrado a quo autorizar o recebimento da exordial e o processamento da ação, deixando a apreciação meritória para momento posterior. 2. **Importante registrar que, por exceção, a nova redação do art. 285-A do CPC, atribuída pela Lei 11.277, de 08.02.2006, permite ao Magistrado julgar de plano o mérito da demanda quando já houver proferido em casos anteriores idênticos sentença de total improcedência**. Porém, não é esta a circunstância que se apresenta nos autos, onde o processo restou extinto, segundo o juízo sentenciante, sem julgamento do mérito, e sem que se fizesse qualquer menção a decisão anterior no mesmo sentido. 3. Apelação conhecida e provida. 4. Sentença cassada."

(TJCE; APC 626018200480600000; 2ª CÂMARA CÍVEL; Relatora: Desa. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA; 02/06/2010) (destacamos)

Não é outro o entendimento firmado pelos demais Tribunais da Federação:

"APELAÇÃO CÍVEL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS PLANOS ECONÔMICOS. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **ARTIGO 285-A DO CPC. SENTENÇA LIMINAR. IMPOSSIBILIDADE**.

Para a aplicação do artigo 285-A do CPC, três são os pressupostos imprescindíveis: (1) a causa deve versar sobre questão exclusivamente de direito; (2) devem existir precedentes do mesmo juízo referentes a casos idênticos; (3) devem ter havido julgamentos anteriores pela improcedência total do pedido. Ausentes algum deles ou todos impõe-se a anulação da sentença proferida nos moldes do artigo 285-A, determinando-se o prosseguimento do feito. Diante do atual posicionamento adotado por esta Câmara, deve prosseguir a liquidação de sentença proposta com base na ação civil pública, cuja decisão é explícita ao determinar a abrangência nacional e erga omnes de sua sentença. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. PROSSEGUIMENTO DA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. RECURSO PROVIDO."

(TJRS; APC 70041808494; Primeira Câmara Especial Cível; Relator: Breno Beutler Junior; Julgado em 24/05/2011) (destacamos)

* * * * *

"**INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. TESES REITERADAS. CONTRATOS BANCÁRIOS**.

1- Indeferimento da petição inicial, com fundamento na falta de interesse de agir, sob o fundamento de utilização de teses reiteradas e já superadas "em ações similares". 2- Ausência de justa causa para a afirmação da carência da ação, sendo que a hipótese, se cabível, é de aplicação do art. 285-A do CPC. 3- **Falta de indicação dos casos idênticos, exigidos pelo art. 285- A do CPC. Precedentes**. 4- **Anulação da sentença, com determinação de prosseguimento regular do processo**. 5- Pedidos formulados na apelação (autorização de depósito e exclusão de nome em cadastro de controle de crédito) que devem ser decididos em primeiro grau. 6- Apelação do autor provida."

(TJSP; APC 0016156-63.2009.8.26.0482; 18ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO; 23/03/2010) (destacamos)

* * * * *

"APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE CLÁUSULAS DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO. TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS.

> **JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA INITIO LITIS. ART. 285-A, DO CPC. INAPLICABILIDADE**. MATÉRIA DE FATO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.
> 1. **O art. 285-A, do CPC, autoriza o juiz a proferir sentença de improcedência, antes mesmo da citação do réu, reproduzindo o conteúdo de outras sentenças proferidas naquele mesmo Juízo, desde que presentes dois requisitos: que a matéria controvertida seja unicamente de direito e que, no Juízo, já tenha sido proferida sentença de total improcedência, em outros casos idênticos**. 2. **Se não há perfeita identidade entre a matéria debatida nas sentenças apontadas como paradigmas e os pedidos formulados no feito objeto de julgamento, não é possível a aplicação do preceito do art. 285-A, do CPC**. De igual modo, não é possível a aplicação desse dispositivo legal, se a matéria posta em juízo não é exclusivamente de direito, mas também de fato, demandando dilação probatória acerca da questão da existência ou não de capitalização mensal de juros. 3. Apelo provido. Sentença cassada."
> (TJDFT; APC 20090111549010; 4ª Turma Cível; Relator ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, julgado em 11/05/2011, DJ 01/06/2011 p. 134) (destacamos)

Por tudo isto, a manutenção da decisão monocrática é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Por tais razões, voto no sentido de conhecer do Agravo Regimental interposto, mas para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão monocrática recorrida, proferida por esta Relatora.

É como voto.

Fortaleza, 4 de junho de 2012.

PROCESSO Nº 0620067-70.2015.8.06.0000/50000
AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: ÉPOCA ENGENHARIA IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA
AGRAVADO: LB CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE TUTELA RECURSAL DE URGÊNCIA. INDEFERIMENTO PELO RELATOR. IRRECORRIBILIDADE. ART. 527, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL. NÃO CONHECIMENTO. INCIDÊNCIA DA NORMA PROCESSUAL CODIFICADA. INAPLICABILIDADE DA NORMA REGIMENTAL. FUNDAMENTO. ART. 96, I, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I – Ainda que seja lícito ao relator reconsiderá-la, é irrecorrível a decisão que, em sede de agravo de instrumento, aprecia o pedido de tutela recursal de urgência, por expressa dicção do art. 527, Parágrafo único, do Código de Processo Civil,

II – Por força da norma positivada no art. 96, I, "a", da Constituição Federal, os regimentos internos dos tribunais devem observância às normas de processo.

III – Os arts. 242 e 243 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará não se aplicam à decisão do relator que aprecia o pedido de tutela recursal de urgência formulado em sede de agravo de instrumento.

III - Agravo regimental não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em não conhecer do agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2015.

RELATÓRIO

ÉPOCA ENGENHARIA IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA, irresignada com a decisão proferida por este Relator, em 16 de janeiro de 2015, que indeferiu o pedido de antecipação de tutela recursal formulado no Agravo de Instrumento nº 620067-70.2015.8.06.0000/50000, no qual figura como agravada LB CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA, interpõe o presente recurso, com fundamento nos arts. 242 e 243 do RITJCE.

Nas razões do presente inconformismo, a recorrente afirma que a *"medida cautelar de arresto tem a finalidade de garantir a solvabilidade do devedor, antecipando-se uma penhora que seria realizada oportunamente, preservando-se, assim, o direito do credor"*, medida que não se justifica no caso dos autos, pois a *"agravante está arcando com todos os seus débitos e acordos judiciais, seja na esfera cível como trabalhista, com patrimônio livre de constrição e em plena atividade"*.

É o breve relatório.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2015.

VOTO

Eis o teor da decisão agravada, que foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico no dia 22 de janeiro de 2015 e, de acordo com o disposto no art. 4º, § 3º, da Lei nº 11.419/06, considerada publicada no dia 23 de janeiro de 2015, *verbis:*

> Tem-se Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por ÉPOCA ENGENHARIA IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA, impugnando decisão emanada do Juízo da 30ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que, nos autos da Ação Cautelar de Arresto Nº 0209971-29.2013.8.06.0001, ali proposta por LB CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA, concedeu a medida liminar pleiteada na inicial, para determinar o arresto do apartamento 803, Bloco B, do Empreendimento Brisas da Serra, e da casa 5, do Condomínio Portal do Bouganville II.
>
> Nas razões do pedido de reforma de decisão recorrida, a agravante aduz que *"não existe prova literal da dívida líquida e certa, tampouco sentença que condene a ora contestante ao pagamento de dinheiro"* e que *"não há a ocorrência de qualquer das hipóteses mencionadas no artigo 813 do Código de Processo Civil"*.

Postula-se a atribuição de efeito suspensivo à decisão agravada e, ao final, sua reforma.
É o breve relatório.
Decido.
Para adequada compreensão da controvérsia posta a exame nos autos faço transcrever o que de mais importante consta da decisão recorrida, *verbis:*

Trata-se de Ação Cautelar de Arresto com pedido liminar ajuizada por LB CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA em face de ÉPOCA ENGENHARIA IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.
A requerente alega que é pessoa jurídica de direito privado, especializada em impermeabilização no ramo da construção civil, tendo celebrado com a requerida contrato para prestação deste serviço em 3 (três) empreendimentos imobiliários da demandada, precisamente no Edifício Plaza Mayor, Condomínio Bouganville II e Condomínio Brisas da Serra.
Declara que, como forma de pagamento, ficou acertado que a promovida pagaria 75% (setenta e cinco por cento) em espécie e os 25% (vinte e cinco por cento) restantes, no valor de R$ 109.210,00 (cento e nove mil, duzentos e dez reais), seriam compensados para a compra do apartamento nº 708 do Condomínio Brisa da Serra – Torre Jasmim, que lhe seria entregue no dia 31.12.2011.
Assinala que, celebrado o contrato, acertada a forma de pagamento e cumprida com suas obrigações, a promovida não efetuou a entrega do imóvel no tempo ajustado, sendo que já transcorreram 22 (vinte e dois) meses de inadimplência dessa obrigação, pelo que a autora tentou uma solução extrajudicial amigável, porém, não obteve êxito.
Menciona que, diante disso, ajuizou ação nº 0179588-68.2013.8.06.0001, em trâmite perante este juízo, na qual expôs essa situação e requereu a rescisão do contrato, e o pagamento de danos materiais e morais, na quantia de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).
Acena que, não obstante a regular tramitação daquele processo, obteve informações, devidamente acostadas, de que a requerida: a) tem o nome e a imagem em descrédito no mercado pelos inúmeros protestos de cheques sem fundo e pelo abandono de obras, conforme noticiados pela mídia cearense; b) está com o patrimônio empresarial em fase de dissolução; e c) possui inúmeras ações judiciais impugnando o cumprimento de suas obrigações.
Entende que, nesse contexto, tem o direito a expedição de medidas aptas em garantir a solvência de seu crédito, caso seja vencedora na ação principal, através do arresto de 02 (dois) imóveis da demandada, avaliados na quantia de R$ 387.700,00 (trezentos e oitenta e sete mil e setecentos reais).
Pede, liminarmente, concessão do arresto dos imóveis: i) apartamento no empreendimento Brisas da Serra, Unidade 803, B, Bloco Orquídea; e ii) casa 5 no Condomínio Portal do Bouganville II (Av. Dos Expedicionários nº 10.006 – Mondubim).

…
É o relatório. Passo a decidir.
Nas ações cautelares, a concessão do pedido liminar requer a constatação de dois requisitos: o *fumus boni iuri*s e o *periculum in mora.*
…
Na espécie, a requerente demonstrou que a requerida não cumpriu com suas obrigações contratuais, e acostou uma variedade de documentos que denotam ingerência administrativa por parte da devedora em solver seus débitos. Por certo, essas afirmações, medidas através de prova documental, demonstram uma situação de inadimplência, desinteresse em solvência e comprometimento do patrimônio da requerida, ensejando um justificado receio em não satisfação da obrigação assumida.
Ao contrário disso, as argumentações levantadas pela promovida não denotam um legítimo fundamento, notadamente pela alegação de interesse em realização de acordo extrajudicial, visto que, caso tivesse esse propósito, não existiriam razões para o ajuizamento da ação principal nº 0179588-68.2013.8.06.0001 e já deveria ter realizado a entrega do imóvel em apreço ao autor.…
… vislumbro, pela apresentação documental do crédito da autora, instabilidade patrimonial da devedora e ausência de argumento convincente pela requerida, presente o requisito do fumus boni iuris.
No que se refere ao requisito do *periculum in mora*, entende o signatário também estar presente, uma vez que há o receio de desfazimento do patrimônio da requerida, o que impossibilitaria a execução da obrigação por ela assumida com a requerente, caso esta seja vencedora na ação principal em andamento neste juízo.
Diante disso, presentes os requisitos para o deferimento da medida liminar pleiteada, impõe-se a sua concessão.
ISTO POSTO, hei por bem, mediante a prestação de caução por parte da promovente, que ora fixo no valor de R$ 387.700,00 (trezentos e oitenta e sete mil e setecentos reais) correspondente aos imóveis indicados na inicial (Apartamento no Empreendimento Brisas da Serra, Unidade 803 B, bloco Orquídea e casa 5 do Condomínio Portal do Bouganville II (Av dos Expedicionários nº 10.006 – Mondubim), deferir o pedido de liminar para o fim de determinar o arresto dos aludidos bens, o que faço com esteio nos arts. 813 e seguintes do Código de Processo Civil.
Considerando que, conforme consta dos autos, a promovente tem um imóvel a receber da promovida, determino que a caução acima referenciada seja prestada pela promovente na modalidade fidejussória.
Prestada a referida caução, que deverá constar, além do valor dos imóveis, a descrição dos referidos bens, expeça-se o competente Mandado de Arresto, intimando-se a demandada dos termos da presente decisão.
Intime-se, também, a promovente desta decisão.
Empós, retornem-me os autos conclusos.

Fortaleza/CE, 26 de novembro de 2014.

José Maria dos Santos Sales
Juiz de Direito

Frise-se que o agravo ora em análise deve ser processado na forma instrumentada, pela só e bastante razão de impugnar medida liminar deferida em processo cautelar.
Insta considerar, inicialmente, que o fundamento da pretensão recursal deduzida nos autos consiste na ausência de situação concreta subsumível a uma das hipóteses do art. 813 do Código de Processo Civil
Importa ter presente, entretanto, que as situações descritas no art. 813 têm caráter exemplificativo, a revelar que, em última instância, deve ser examinada em cada caso a ocorrência dos requisitos inerentes à tutela cautelar, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. É a orientação amplamente prevalecente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, *verbis:*

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA. TERMO "A QUO" PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL. DATA DA CIÊNCIA AO AUTOR DO CUMPRIMENTO DA MEDIDA. CPC, ART. 806. EXEGESE. ENTENDIMENTO DA TURMA. ARRESTO. REQUISITOS. PRECEDENTES. CPC, ART. 813. RECURSO DESACOLHIDO.
I - Nos termos do posicionamento da Turma, "o prazo para a propositura da ação principal conta-se, em princípio, da data em que o autor teve ciência da efetivação da medida".
II - Considerando que a medida cautelar de arresto tem a finalidade de assegurar o resultado prático e útil do processo principal, é de concluir-se que as hipóteses contempladas no art. 813, CPC, não são exaustivas, mas exemplificativas, bastando, para a concessão do arresto, o risco de dano e o perigo da demora.
Recurso Especial nº 123.659, Rel Min Sálvio de Figueiredo Teixeira, **Quarta Turma**, Unânime, DJ 21/09/1998 p. 175

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO PARA ENTREGA DE COISA FUNGÍVEL. EXEQÜIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO. CABIMENTO.
- É exequível o contrato para entrega de coisa fungível em data certa e futura, desde que o título contenha os requisitos da exigibilidade, certeza e liquidez.
- O art. 813 do CPC deve ser interpretado sob enfoque ampliativo, sistemático e lógico, de sorte a contemplar outras hipóteses que não somente as expressamente previstas no dispositivo legal.
- O erro na indicação da medida cautelar não pode levar o Poder Judiciário a simplesmente afirmar que o expediente jurídico é inadequado. Cabe ao

juiz, com base na fungibilidade das medidas cautelares, processar o pedido da forma que se mostrar mais apropriada.
Recurso especial conhecido e provido.
Recurso Especial nº 909.478, Rel Min Nancy Andrighi, **Terceira Turma**, Unânime, DJ 27/08/2007, p. 249.

RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - ARTS. 653 E 813 DO CPC - ARRESTO VIA BACENJUD ANTES DA PRÁTICA DE ATOS JUDICIAIS TENDENTES A LOCALIZAR O DEVEDOR PARA CITAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE.
1. As hipóteses contempladas no art. 813 CPC não são exaustivas, mas exemplificativas, bastando, para a concessão do arresto, o risco de dano e o perigo da demora. Precedentes.
2. Admite-se a medida cautelar de arresto de dinheiro, via Bacenjud, nos próprios autos da execução, se preenchidos os requisitos legais previstos no art. 653 (a existência de bens e não localização do devedor) ou no art. 813 (a demonstração de perigo de lesão grave ou de difícil reparação), ambos do CPC.
3. *In casu*, inexistem atos tendentes a localizar o devedor para citação, seja por carta, seja por mandado, o que afasta a aplicação do art. 653 do CPC.
4. Quanto aos requisitos para o deferimento da medida cautelar com base no art. 813 do CPC, o Tribunal de origem decidiu que a recorrente não logrou êxito em apresentar qualquer indício concreto da necessidade da medida. Rever essa afirmação, no entanto, implica adentrar em matéria fática, vedada pela Súmula 7 do STJ.
5. Recurso especial não provido.
Recurso Especial nº 1.407.723, Rel Min Eliana Calmon, **Segunda Turma**, Unânime, DJe 29/11/2013.

Ao exame das razões de decidir expendidas na decisão agravada, é de imediata constatação a presença de uma situação a ser de logo tutelada em sede cautelar, com fundamento no poder geral de cautelar inerente à função jurisdicional.
Forte em tais razões, admito o processamento do presente recurso na modalidade instrumentada mas, diante da ausência de relevância da fundamentação do recurso, indefiro o pedido de tutela de urgência.
Notifique-se o magistrado de primeiro grau a prestar as informações de que trata o art. 527, IV, do CPC.
Intime-se a agravada para apresentar resposta.

Fortaleza, 16 de janeiro de 2015.

FRANCISCO GLADYSON PONTES
Desembargador Relator

Registro, inicialmente, que o agravo regimental está previsto nos arts. 242 e 243 do RITJCE, *verbis:*

> Art. 242. A parte que se considerar em gravame por força de despacho do Presidente ou do Relator poderá solicitar que se apresentem os autos em mesa, para reexame da decisão, no prazo de cinco dias, contados da publicação ou da intimação do ato impugnado.
>
> Art. 243. A petição de recurso será protocolizada, e, sem qualquer formalidade, submetida ao prolator do despacho, que poderá reconsiderar o seu ato ou submeter o agravo ao julgamento do órgão competente, na sessão imediatamente seguinte, ocasião em que terá direito a voto.
>
> Parágrafo único. Mantido o decisório, o Relator lavrará o acórdão, em obediência ao disposto nos arts. 165 e 458, do Código de Processo Civil. Provido o recurso, o Desembargador que proferir o primeiro voto vencedor será o Relator do aresto, para fins de elaboração do acórdão respectivo.

Insta ter presente, todavia, que a competência outorgada aos tribunais para a elaboração dos respectivos regimentos pela própria Constituição Federal, impõe-lhes a observância das normas do processo, *verbis:*

> Art. 96. Compete privativamente:
> I - aos tribunais:
> a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo *e das garantias processuais das partes, dispondo sob*re a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

Ora, no âmbito processual civil, o Código de Processo Civil é a norma por excelência e nele há expressa previsão da irrecorribilidade da decisão do relator que aprecia o pedido de tutela recursal de urgência no agravo de instrumento.

Confira-se:

> Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:
>
> III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

> Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.

Aplica-se ao caso, pois, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual é irrecorrível a decisão do relator do agravo de instrumento que aprecia o pedido de antecipação de tutela recursal. Ei-la:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUSPENSIVO OU ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL. DECISÃO DO RELATOR. IRRECORRIBILIDADE.
> **- A Lei 11.187/2005 tornou irrecorrível decisão de Relator que, em agravo de instrumento nos Tribunais de segundo grau, defere ou indefere pedido de efeito suspensivo ou de antecipação dos efeitos do recurso.**
> - A supressão expressa do recurso anteriormente previsto contra tal decisão não pode ser contornada pela utilização do agravo previsto no Art. 39 da Lei 8.038/90.
> - A Lei 8.038/90, que "institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal", não se aplica aos Tribunais de segundo grau.
> Recurso Especial nº 1.006.088, Rel Min Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, Unânime, DJe 05/03/2008

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IRRECORRIBILIDADE. ART. 527, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INAPLICABILIDADE DO ART. 39 DA LEI N. 8.038/1990.
> 1. Em atenção aos Princípios da Celeridade e da Razoável Duração do Processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal) a Lei n. 11.187/2005, modificando a sistemática do agravo de instrumento, introduziu no art. 527 do CPC alteração que vedou a interposição de recurso de decisão que conceder efeito suspensivo ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal.
> **2. Incabível agravo interno de decisão liminar de relator no âmbito do agravo de instrumento. Decisão irrecorrível, somente passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator reconsiderá-la (art. 527, parágrafo único, do CPC) ou por meio de mandado de segurança.**

> 3. Precedentes: RMS 25.949/BA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 4.3.2010, DJe 23.3.2010; RMS 28.515/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 2.4.2009, Dje 20.4.2009; RMS 30.608/RN, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 2.3.2010, DJe 10.3.2010.
> 4. Inaplicável ao caso interpretação analógica do art. 39 da Lei n. 8.038/90, ante a vedação expressa do art. 527, parágrafo único, do CPC.
> Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.215.895, Rel Min Humberto Martins, Segunda Turma, Unânime, DJe 23/03/2011

Registre-se, a propósito da irrecorribilidade de tal decisão prevista em texto expresso de lei, que o Superior Tribunal de Justiça admite apenas, na hipótese em que o mencionado ato do relator se revelar teratológico, a utilização excepcional do mandado de segurança, como ação autônoma apta a viabilizar a impugnação da mencionada decisão do relator.

Por tudo quanto exposto, **não conheço** do presente agravo regimental.

É como voto.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2015.

PROCESSO: 0625424-65.2014.8.06.0000/50000 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL)
REGISTRO INTERNO: 4865/14
EMBARGANTE: MARENG CONSTRUÇÕES LTDA
EMBARGADO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO BARBOSA FILHO
ÓRGÃO JULGADOR: 5.ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREPARO. AUSÊNCIA DA GUIA DE RECOLHIMENTO DO FERMOJU. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA CORRESPONDÊNCIA ENTRE O PREPARO, A GUIA E O PROCESSO A QUE SE REFERE. ART. 511, *CAPUT* C/C O ART. 525, § 1.º, AMBOS DO CPC, E ART. 1.º DA PORTARIA N.º 583/98 DESTA CORTE DE JUSTIÇA. PREPARO IMPRÓPRIO. DESERÇÃO. ARTS. 63 E 64 DO RITJCE. PRECEDENTES TJ/CE E DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

1- O comprovante de pagamento do preparo recursal deve vir acompanhado da Guia de Recolhimento das Custas - FERMOJU (GRF), devidamente preenchida, em observância ao teor da Portaria 583/08 deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (que dispõe sobre a vinculação das GRF's com o respectivo processo).

2- Não se aplica o princípio da instrumentalidade das formas ao caso, vez que a exigência entelada constitui o único meio de aferir se o preparo corresponde ao processo, não se tratando de formalidade excessiva.

3- Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Embargos de Declaração n.º 0625424-65.2014.8.06.0000/50000, em que é embargante Mareng Construções Ltda e é embargado o Município de Fortaleza.

ACORDA a Quinta Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em receber o recurso como agravo regimental e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 10 de dezembro de 2014.

1 - RELATÓRIO

1.1- Trata-se de embargos de declaração opostos em face de decisão monocrática desta relatoria (fls. 202/210 dos autos apensos) que nega seguimento ao agravo de instrumento interposto pela ora embargante, em razão da sua manifesta inadmissibilidade.

A recorrente, descumprindo a determinação prevista na Portaria 583/08 deste egrégio Tribunal de Justiça, deixou de acostar à petição do agravo a Guia de Recolhimento Fermoju Judicial (GRF), limitando-se a apresentar um comprovante de pagamento, inviabilizando, dessa fôrma, a aferição da correspondência entre o preparo e o agravo interposto.

1.2- Nas razões da presente insurgência (fls. 01/05), a agravante alega que pagou as custas pela internet e somente foi necessário informar o número do código de barras da GRF.

Defende que o mais importante da condição de interposição do agravo de instrumento já está plenamente comprovado: o pagamento das custas judiciais.

Afirma que todas as informações restam absolutamente condizentes com o comprovante de pagamentos das custas na Guia de Recolhimento das Custas Judiciais - FERMOJU anexa.

Argumenta, ademais, que o Embargante, por mera formalidade, não poderá restar prejudicado, já que o seu objetivo (agravar daquela decisão com o devido pagamento das custas), deverá atingir sua finalidade.

Pugna pela reconsideração da decisão monocrática desta relatoria, ou pela submissão do vertente recurso ao órgão colegiado, para reformar o *decisum* que não conheceu do agravo de instrumento.

É o relatório.

Sem revisão e desnecessária a inclusão em pauta.

2 – VOTO

2.1- Recebo o presente recurso como agravo regimental, uma vez que, da análise dos fundamentos lançados e do pedido, emerge o claro intuito de obter o novo julgamento da questão.

2.2- Entendo que a presente irresignação não merece acolhida.

2.3 - Com efeito, é fato incontroverso que o agravante acostou à petição do recurso apenas um comprovante de pagamento das custas judiciais (fl. 197), sem o necessário acompanhamento da Guia de Recolhimento Fermoju Judicial (GRF), devidamente preenchida.

Tal fato inviabiliza a aferição da correspondência entre o preparo efetuado e o agravo interposto.

Cumpre-me, nesse ínterim, rememorar o teor dos arts. 511, *caput*, e 525, § 1.º, ambos do CPC, *in verbis*:

> "Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, **o respectivo preparo**, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção". (**grifei**).
>
> "Art. 525. **A petição de agravo de instrumento será instruída:**
> [...]
> § 1.o **Acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela que será publicada pelos tribunais".** (**grifei**).

Sobre a matéria, o Regimento Interno deste egrégio Tribunal de Justiça dispõe:

> "Art. 63. Todos os processos e recursos afeitos à competência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará deverão receber prévio preparo para julgamento, que se fará através de guia para a repartição arrecadadora, juntando-se aos autos o comprovante respectivo".
>
> **"Art. 64. Considerar-se-á deserto o recurso voluntário não preparado pelo modo e tempo próprios, cabendo ao** Presidente do Tribunal, **ao Relator** ou ao órgão do Tribunal **competente, para conhecer do feito, decretar a deserção".** (grifei).

Consoante precedentes desta Corte, o comprovante de pagamento do preparo recursal deve vir acompanhado da Guia de Recolhimento das Custas - FERMOJU (GRF), devidamente preenchida, em observância ao teor da Portaria 583/08 deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (que dispõe sobre a vinculação das GRF's com o respectivo processo), *in verbis*:

> "CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer a vinculação entre o recolhimento das custas judiciais ao respectivo processo;
> RESOLVE:
> Art. 1.º - Determinar às Secretarias de Varas, Distribuições, Departamentos e demais unidades do Poder Judiciário que **o protocolo de petição somente seja efetivado mediante apresentação de duas vias de Guia de Recolhimento do FERMOJU-GRF, de idêntico número e valor, sendo uma anexada ao processo e a outra inutilizada através da aposição de carimbo da unidade recebedora, além da anotação obrigatória do número do processo a que se vincula.**
> Art. 2.º - Não será permitido, em hipótese alguma, o protocolo de petição acompanhada de cópia xerográfica de Guia de Recolhimento do FERMOJU-GRF, ainda que autenticada.
> REGISTRE-SE, PUBLIQUE-SE E CUMPRA-SE.
> GABINETE DA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, em Fortaleza, 20 de maio de 2008".[1]

Dentre os precedentes desta egrégia Corte de Justiça inadmitindo o recurso em razão do não preenchimento ou do preenchimento equivocado da GRF, aplicáveis, com maior razão, ao presente caso, em que a guia sequer foi acostada, cito:

> "EMENTA: 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 583/08 deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (que dispõe sobre a necessidade de indicação expressa do número do processo a que se vincula

1 Vide Manual de Normas. Fundo de Reaparelhamento e Modernização do Poder Judiciário do Estado do Ceará – FERMOJU. 2012. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/fermoju/pdf/Manual_de_Normas_FERMOJU.pdf >. Acesso em: 09/12/2014.

a guia). Precedentes da Corte Especial do STJ (AgRg no REsp 924942/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques) e desta 2.ª Câmara Cível. 2. Agravo conhecido e desprovido".
(TJCE, Agravo 0004936-75.2013.8.06.0000/50000, Des. Rel. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA, 2.ª Câmara Cível em 5 de fevereiro de 2014).

"Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO CAMERÁRIA QUE NÃO CONHECEU DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. APRECIAÇÃO EX OFFICIO. PREPARO. PREENCHIMENTO EQUIVOCADO DA GUIA DE RECOLHIMENTO FERMOJU. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DO CORRETO RECOLHIMENTO DO PREPARO RECURSAL. (ART. 511, CAPUT C/C O ART. 525, § 1.º, AMBOS DO CPC, E ART. 1.º DA PORTARIA N.º 583/08 DESTA CORTE DE JUSTIÇA). PRECLUSÃO CONSUMATIVA. DESERÇÃO. PRECEDENTES TJ/CE E DO STJ. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
- Analisando detidamente os autos do presente agravo, constata-se que a agravante encartou o comprovante de pagamento GRF (fl. 336/337) indicando o número de processo diverso ao da demanda originária, esquecendo de anexar a GRF (GUIA DE RECOLHIMENTO FERMOJU - Judicial). Tem-se que **o preenchimento da Guia de Recolhimento é única maneira de este tribunal aferir, em juízo primeiro de admissibilidade, a vinculação das custas judiciais recolhidas pela parte agravante, no ato da interposição do recurso, ao processo ao qual o agravo de instrumento, ora em exame, se refere.** - Sendo assim, a ausência e/ou a irregularidade no preparo "...ocasiona o fenômeno da preclusão, fazendo com que deva ser aplicada ao recorrente a pena de deserção, que impede o conhecimento do recurso." (NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, RT, 11.ª edição, 2.010, p. 881). AGRAVO CONHECIDO, PORÉM REJEITADO".
(Agravo 10709482006806000001; Relator(a): FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2.ª Câmara Cível; Data de registro: 18/03/2013). (**grifei**).

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREPARO. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA EM SEDE RECURSAL. AUSÊNCIA DE EFEITO RETROATIVO. NÃO DESOBRIGANDO AO PAGAMENTO DO PREPARO ANTES DO DEFERIMENTO DO PEDIDO DA JUSTIÇA GRATUITA.

1. Ao analisar os pressupostos de admissibilidade do presente recurso, constata-se que a ora agravante, não comprovou, no ato da interposição do Agravo de Instrumento, o seu respectivo preparo, conforme certidão de fls. 171 dos autos do Agravo de Instrumento, ofendendo, assim, o artigo 511 do Código de Processo Civil. 2. No que tange ao seu pedido de gratuidade judiciária, este deveria ter sido precedido do pagamento do preparo do presente recurso, posto que requisito legal e obrigatório para conhecimento e análise de seu conteúdo. E caso, fosse, deferido tal pedido, haveria a restituição do valor pago. Até porque a concessão da gratuidade judiciária não tem efeito retroativo, o seu deferimento não desobriga ao pagamento do preparo, que deverá ser comprovado na forma do art. 511 do CPC. 3. Cumpre salientar, ainda, que o órgão julgador não tem a obrigação de intimar a parte para proceder a juntada da guia de pagamento das despesas relativas ao processamento do Agravo de Instrumento, sendo este, de imediato, considerado deserto por efeito da preclusão consumativa da matéria. A aludida obrigação há somente nos casos em que o preparo é realizado de forma insuficiente, conforme previsão do § 2.º do artigo 511 do Código de Processo Civil. 4. Recurso conhecido e improvido".
(TJCE, Agravo 0621782-84.2014.8.06.0000/50000, Relator(a): INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO, 4.ª Câmara Cível, em 15/09/2014).

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREPARO. GUIA DE RECOLHIMENTO DO FERMOJU. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO NÚMERO DO PROCESSO ORIGINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DO CORRETO RECOLHIMENTO DO PREPARO RECURSAL. ART. 511, CAPUT C/C O ART. 525, § 1.º, DO CPC, E ART. 1.º DA PORTARIA N.º 583/08 DO TJCE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. DESERÇÃO. PRECEDENTES TJ/CE E DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
1 - Em análise dos documentos acostados ao agravo de instrumento, constata-se que os agravantes não cuidaram em preencher, na GRF (GUIA DE RECOLHIMENTO FERMOJU - Judicial), o campo referente ao número do processo, sendo esta a única maneira de este tribunal aferir, em juízo primeiro de admissibilidade, a vinculação das custas judiciais recolhidas pela parte recorrente, no ato da interposição do recurso, ao processo ao qual o agravo de instrumento, ora em exame, se refere. 2 - Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já destacou que "o número de referência, o código de recolhimento e outras informações que constam da Guia de Recolhimento da União são de fato relevantes, pois identificam por qual processo está sendo feito determinado pagamento e relativamente a que recurso e unidade gestora. Trata-se de meio de identificação e controle de pagamento". (AgRg no AREsp 305.958/PA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 18/04/2013, DJe 25/04/2013). 3 - As exigências contida no art. 511, c/c o art. 525, § 1.º,

> ambos do CPC, e no art. 1.º da Portaria N.º 583/08 desta Corte de Justiça, prestigiam o princípio da segurança do processo, sendo esta exigência requisito indispensável, como dito, para este tribunal aferir a vinculação das custas judiciais recolhidas pela parte recorrente, no ato da interposição do recurso, ao processo ao qual o agravo de instrumento, ora em exame, se refere, em preciso atendimento aos pressupostos indispensáveis ao conhecimento do recurso. 4 - Portanto, a ausência e/ou a irregularidade no preparo gera preclusão, fazendo com que deva ser aplicada ao recorrente a pena de deserção, que impede o conhecimento do recurso. 5 - Desta forma, inexistem razões para a modificação da decisão monocrática ora recorrida, mormente porque amparada em entendimento consolidado no Colendo STJ. 6 - Agravo Regimental conhecido e não próvido".
> (TJCE, Agravo Regimental n.º 0803232-91.2013.8.06.0000/50001, Rel. Des. TEODORO SILVA SANTOS, 5.ª Câmara Cível, em 27 de agosto de 2014).

Não é outra a postura adotada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, com base no regulamento próprio (Portaria n.º 20/2004):

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO APELO EXTREMO, ANTE A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 187/STJ (DESERÇÃO).
> 1. **"A partir da edição da Resolução n. 20/2004, além do recolhimento dos valores relativos ao porte de remessa e retorno em rede bancária, mediante preenchimento da Guia de Recolhimento da União (GRU) ou de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), com a anotação do respectivo código de receita e a juntada do comprovante nos autos, passou a ser necessária a indicação do número do processo respectivo" (AgRg no REsp 924.942/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 18/3/2010).** [...] 3. Primeiro agravo regimental não provido e demais reclamos não conhecidos, com aplicação de multa de 3% sobre o valor da causa (art. 557, § 2.º, do CPC), ficando a interposição de novos recursos condicionada ao prévio recolhimento da penalidade imposta".
> (AgRg no REsp 1108082/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012).

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREPARO. GUIA DE RECOLHIMENTO DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO NÚMERO DO PROCESSO. DESERÇÃO. RESOLUÇÃO DO STJ N. 20/2004. DECISÃO MANTIDA.
> 1. A Corte Especial do STJ decidiu que, "a partir da edição da Resolução n. 20/2004, além do recolhimento dos valores relativos ao porte de remessa e retorno em rede bancária, mediante preenchimento da Guia

de Recolhimento da União (GRU) ou de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), com a anotação do respectivo código de receita e a juntada do comprovante nos autos, passou a ser necessária a indicação do número do processo respectivo" (AgRg no REsp n. 924.942/SP, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 18/3/2010).
2. No caso concreto, o recolhimento das custas judiciais está em desacordo com os requisitos do art. 2.º da Resolução n. 20/2005, vigente à época da interposição do recurso, diante da ausência de indicação do número do processo respectivo no preenchimento da guia de recolhimento da União (GRU).
3. Agravo regimental a que se nega provimento".
(AgRg no AREsp 428.662/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 04/06/2014).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO, ANTE A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 187/STJ (DESERÇÃO).
1. É ônus da parte recorrente o correto preenchimento da Guia de Recolhimento da União - GRU, destinada ao pagamento das custas judiciais dos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça, com a indicação do número do processo a que se refere, além dos respectivos códigos identificadores, sob pena de deserção.
Precedentes.
2. Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa".
(AgRg no AREsp 428.966/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 09/04/2014).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. PREPARO. ERRO NO PREENCHIMENTO DA GRU. FALTA DE INDICAÇÃO DO NÚMERO DO PROCESSO. VERIFICAÇÃO DA VERACIDADE DO RECOLHIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DESERÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.
1. Pacífico no STJ o entendimento de que, "a partir da edição da Resolução n. 20/2004, além do recolhimento dos valores relativos às custas e ao porte de remessa e retorno em rede bancária, mediante preenchimento da Guia de Recolhimento da União (GRU) ou de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), com a anotação do respectivo código de receita e a juntada do comprovante nos autos, passou a ser necessária a indicação do número do processo respectivo" (AgRg no REsp 924942/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Corte Especial, julgado em 03/02/2010, DJe 18/03/2010) 2. Interposto o recurso sob a vigência da Resolução STJ n. 12/2005, sem a observância das normas referentes ao preparo, considera-se deserto o recurso interposto, ensejando o não conhecimento do agravo de instrumento.

> 3. A sobreposição do comprovante de pagamento à Guia de Recolhimento da União impossibilita a aferição da regularidade do recolhimento. Precedentes.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento".
> (AgRg no AgRg no Ag 781.513/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 18/06/2013).

Em virtude da circunstância posta – preparo realizado de modo impróprio –, o agravo de instrumento interposto é manifestamente inadmissível, vez que deserto, devendo ser mantido o *decisum* desta relatoria que lhe obsta o seguimento.

3- Ante o exposto, recebo os presentes embargos de declaração como agravo regimental e nego-lhe provimento, mantendo a decisão monocrática desta relatoria.

É o voto.

Fortaleza, 10 de dezembro de 2014

PROCESSO: 0626550-53.2014.8.06.0000/50000 - AGRAVO REGIMENTAL
REGISTRO INTERNO: 4987/14
AGRAVANTE: RUTH REBOUÇAS DA SILVA
AGRAVADO: BICBANCO - BANCO INDUSTRIAL E COMERCIAL S/A
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO BARBOSA FILHO
ÓRGÃO JULGADOR: 5.ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREPARO. GUIA DE RECOLHIMENTO DO FERMOJU. NÃO PREENCHIMENTO DO NÚMERO DO PROCESSO NO QUAL A DECISÃO AGRAVADA FOI PROFERIDA. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DO CORRETO RECOLHIMENTO DO PREPARO RECURSAL. ART. 511, *CAPUT* C/C O ART. 525, § 1.º, AMBOS DO CPC, E ART. 1.º DA PORTARIA N.º 583/98 DESTA CORTE DE JUSTIÇA. PREPARO IMPRÓPRIO. DESERÇÃO. ARTS. 63 E 64 DO RITJCE. PRECEDENTES TJ/CE E DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

1- A omissão do número do processo na Guia de Recolhimento das custas (GRF), ou o seu preenchimento equivocado, configura deserção, em razão do teor da Portaria 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.

2- Não se aplica o princípio da instrumentalidade das formas ao caso, vez que a exigência entelada constitui o único meio de aferir se a guia de recolhimento das custas corresponde ao processo, não se tratando se formalidade excessiva.

3- Agravo Regimental conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo Regimental n.º 0626550-53.2014.8.06.0000/50000, em que é agravante Ruth Rebouças da Silva e é agravado o BICBANCO - Banco Industrial e Comercial S/A.

ACORDA a Quinta Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Mantém-se, com isso, a decisão monocrática da relatoria que nega seguimento ao agravo de instrumento interposto, ante a sua manifesta inadmissibilidade.

Fortaleza, 10 de dezembro de 2014.

1- RELATÓRIO

1.1- Trata-se de agravo regimental interposto por Ruth Rebouças da Silva em face de decisão monocrática desta relatoria (fls. 148/155 dos autos apensos), que nega seguimento ao agravo de instrumento por ela interposto, em razão da sua manifesta inadmissibilidade.

A recorrente, descumprindo a determinação prevista na Portaria 583/98 deste egrégio Tribunal de Justiça, deixou de preencher o campo referente ao número do processo/protocolo na Guia de Recolhimento Fermoju Judicial (GRF) (fl. 12 dos autos apensos), inviabilizando a aferição da correspondência entre o preparo e o agravo interposto.

1.2- Nas razões da presente insurgência (fls. 01/03), a agravante alega que:

1.2.1- não está positivado, especificamente, a exigência do preenchimento do campo referente ao número do proceso/protocolo;

1.2.2- não há qualquer ato normativo ou manual ensinando como preencher a GRF.

1.2.3- o próprio Tribunal de Justiça certificou a regularidade do preparo (v. certidão dormente à fl. 137).

Pugna pela reconsideração da decisão monocrática desta relatoria, ou pela submissão do vertente recurso ao órgão colegiado, para reformar o *decisum* que não conheceu do agravo de instrumento.

É o relatório.

Sem revisão e desnecessária a inclusão em pauta.

2. VOTO

2.1- Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

2.2- Conforme relatado, a presente insurgência volta-se contra decisão monocrática desta relatoria que nega seguimento a agravo de instrumento, ante a sua manifesta inadmissibilidade.

Isso porque, consoante se constata à fl. 12 dos autos apensos, a agravante deixou de preencher o campo referente ao número do processo/protocolo na Guia de Recolhimento Fermoju Judicial (GRF) acostada, inviabilizando a aferição da correspondência entre o preparo e o agravo interposto.

Cumpre-me, nesse ínterim, rememorar o teor dos arts. 511, *caput*, e 525, § 1.º, ambos do CPC, *in verbis*:

> Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, **o respectivo preparo**, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. (grifei).
>
> Art. 525. **A petição de agravo de instrumento será instruída:**
> [...]
> § 1.o **Acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela que será publicada pelos tribunais.** (grifei).

Sobre a matéria, o Regimento Interno deste egrégio Tribunal de Justiça dispõe:

> Art. 63. Todos os processos e recursos afeitos à competência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará deverão receber prévio preparo para julgamento, que se fará através de guia para a repartição arrecadadora, juntando-se aos autos o comprovante respectivo.
>
> **Art. 64. Considerar-se-á deserto o recurso voluntário não preparado pelo modo e tempo próprios, cabendo ao** Presidente do Tribunal, **ao Relator** ou ao órgão do Tribunal **competente, para conhecer do feito, decretar a deserção.** (grifei).

Consoante precedentes desta Corte, a omissão do número do processo na Guia de Recolhimento das custas (GRF), ou o seu preenchimento equivocado, configura deserção, em razão do teor da Portaria 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.

Nesse sentido, cito:

> Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. **MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. APRECIAÇÃO *EX OFFICIO*. PREPARO. NÃO PREENCHIMENTO, NA GRF - GUIA**

DE RECOLHIMENTO DO FERMOJU, DO NÚMERO DO PROCESSO ONDE A DECISÃO AGRAVADA FOI PROFERIDA. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DO CORRETO RECOLHIMENTO DO PREPARO RECURSAL. (ART. 511, CAPUT C/C O ART. 525, §1º, AMBOS DO CPC, E ART. 1º DA PORTARIA N.º 583/98 DESTA CORTE DE JUSTIÇA). PRECLUSÃO CONSUMATIVA. DESERÇÃO. PRECEDENTES TJ/CE E DO STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO.

- Analisando detidamente os autos do presente agravo, constata-se que a parte agravante não cuidou em preencher, na GRF (GUIA DE RECOLHIMENTO FERMOJU - Judicial), o campo referente ao número do processo, sendo esta a única maneira de este tribunal aferir, em juízo primeiro de admissibilidade, a vinculação das custas judiciais recolhidas pela parte agravante, no ato da interposição do recurso, ao processo ao qual o agravo de instrumento, ora em exame, se refere. - "A cópia do comprovante de pagamento do preparo do Recurso Especial e a da respectiva Guia de Recolhimento da União são peças essenciais à formação do Agravo de Instrumento, em conformidade com a Resolução STJ n. 12/2005, vigente à época da interposição do Recurso Especial em análise" (AgRg no Ag 1270399/SP, TERCEIRA TURMA, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJe 03/02/2011). - As exigências contida no art. 511, c/c o art. 525, §1º, ambos do CPC, e no art. 1º da Portaria N.º 583/98 desta Corte de Justiça, prestigiam o princípio da segurança do processo, e não pode ser esquecido. **O rigor procedimental não é prática que deva subsistir por si mesma. No entanto, *in casu*, a aplicação do formalismo processual é requisito indispensável, como dito, para este tribunal aferir a vinculação das custas judiciais recolhidas pela parte recorrente, no ato da interposição do recurso, ao processo ao qual a apelação, ora em exame, se refere, em preciso atendimento aos pressupostos indispensáveis ao conhecimento do recurso. - Sendo assim, a ausência e/ou a irregularidade no preparo "...ocasiona o fenômeno da preclusão**, fazendo com que deva ser aplicada ao recorrente a pena de deserção, que impede o conhecimento do recurso." (NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, RT, 11ª edição, 2.010, p. 881). RECURSO NÃO CONHECIDO.

(Agravo de Instrumento 1423785200980600000; Relator(a): FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 19/11/2012). (grifei).

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO CAMERÁRIA QUE NÃO CONHECEU DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. APRECIAÇÃO EX OFFICIO. PREPARO. PREENCHIMENTO EQUIVOCADO DA GUIA DE RECOLHIMENTO FERMOJU. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DO CORRETO

RECOLHIMENTO DO PREPARO RECURSAL. (ART. 511, CAPUT C/C O ART. 525, §1º, AMBOS DO CPC, E ART. 1º DA PORTARIA N.º 583/98 DESTA CORTE DE JUSTIÇA). PRECLUSÃO CONSUMATIVA. DESERÇÃO. PRECEDENTES TJ/CE E DO STJ. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

- Analisando detidamente os autos do presente agravo, constata-se que a agravante encartou o comprovante de pagamento GRF (fl. 336/337) indicando o número de processo diverso ao da demanda originária, esquecendo de anexar a GRF (GUIA DE RECOLHIMENTO FERMOJU - Judicial). Tem-se que **o preenchimento da Guia de Recolhimento é única maneira de este tribunal aferir, em juízo primeiro de admissibilidade, a vinculação das custas judiciais recolhidas pela parte agravante, no ato da interposição do recurso, ao processo ao qual o agravo de instrumento, ora em exame, se refere.** - Sendo assim, a ausência e/ou a irregularidade no preparo "...ocasiona o fenômeno da preclusão, fazendo com que deva ser aplicada ao recorrente a pena de deserção, que impede o conhecimento do recurso." (NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, RT, 11ª edição, 2.010, p. 881). AGRAVO CONHECIDO, PORÉM REJEITADO.

(Agravo 1070948200680600001; Relator(a): FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 18/03/2013). (grifei).

Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM FACE DE DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO À RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO POR AUSÊNCIA DE PREPARO. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DA COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO REFERENTE À GUIA DE RECOLHIMENTO DA UNIÃO NO QUAL CONSTA A INFORMAÇÃO RELATIVA AO NÚMERO DE REFERÊNCIA DO PROCESSO. DESERÇÃO CONFIGURADA.

1. No caso dos autos, os recorrentes acostaram aos autos Guia de Recolhimento na qual não consta o número de processo/ protocolo ao qual se refere a citada guia. O que, ao meu sentir, e em consonância com precedentes deste órgão julgador [vide Recursos de Agravo de Instrumento nºs. 5384-53.2010.8.06.0000/1 e 38089-07.2010.8.06.0000/1], é insuficiente para comprovar que o recolhimento das custas judiciais realizadas por meio da referida guia diz respeito ao Recurso de Agravo de Instrumento. 2. No âmbito das disposições gerais afetas aos recursos cíveis [art. 496 a 512, CPC], estabelece o art. 511, do CPC, que, *"no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção"*. **3. A se entender de forma contrária, não haveria por que a aludida Guia de Recolhimento**

- que, frise-se, é em sua totalidade preenchida por aquele que recorre em sítio na internet destinado para este fim específico - trazer o campo denominado PROCESSO/PROTOCOLO próprio para a anotação da numeração aludida. 4. Tais comandos, longe de revelarem formalismo exagerado, têm irrefutável conteúdo ético: são importante instrumento em favor da eficiência na gestão da receita pública, útil não somente a evitar fraudes, como também a proporcionar a identificação de cada depósito bancário e sua vinculação ao órgão a que se destina a receita. 5. RECURSO DESPROVIDO.
(Agravo Regimental 2372365200780600002; Relator(a): MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 11/11/2011). (grifei).

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. APRECIAÇÃO *EX OFFICIO*. PREPARO. NÃO PREENCHIMENTO, NA GRF - GUIA DE RECOLHIMENTO DO FERMOJU, DO NÚMERO DO PROCESSO ONDE A DECISÃO AGRAVADA FOI PROFERIDA. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DO CORRETO RECOLHIMENTO DO PREPARO RECURSAL. (ART. 511, CAPUT C/C O ART. 525, §1º, AMBOS DO CPC, E ART. 1º DA PORTARIA N.º 583/98 DESTA CORTE DE JUSTIÇA). PRECLUSÃO CONSUMATIVA. DESERÇÃO. PRECEDENTES TJ/CE E DO STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO.
- Analisando detidamente os autos do presente agravo, constata-se que a parte agravante não cuidou em preencher, na GRF (GUIA DE RECOLHIMENTO FERMOJU - Judicial), o campo referente ao número do processo, sendo esta a única maneira de este tribunal aferir, em juízo primeiro de admissibilidade, a vinculação das custas judiciais recolhidas pela parte agravante, no ato da interposição do recurso, ao processo ao qual o agravo de instrumento, ora em exame, se refere. - "A cópia do comprovante de pagamento do preparo do Recurso Especial e a da respectiva Guia de Recolhimento da União são peças essenciais à formação do Agravo de Instrumento, em conformidade com a Resolução STJ n. 12/2005, vigente à época da interposição do Recurso Especial em análise" (AgRg no Ag 1270399/SP, TERCEIRA TURMA, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJe 03/02/2011). - As exigências contida no art. 511, c/c o art. 525, §1º, ambos do CPC, e no art. 1º da Portaria N.º 583/98 desta Corte de Justiça, prestigiam o princípio da segurança do processo, e não pode ser esquecido. O rigor procedimental não é prática que deva subsistir por si mesma. No entanto, *in casu*, a aplicação do formalismo processual é requisito indispensável, como dito, para este tribunal aferir a vinculação das custas judiciais recolhidas pela parte recorrente, no ato da interposição do recurso, ao processo ao qual a apelação, ora em exame, se refere, em preciso atendimento aos pressupostos indispensáveis ao conhecimento do recurso. - Sendo assim, a ausência e/ou a irregularidade no preparo ″...

> *ocasiona o fenômeno da preclusão, fazendo com que deva ser aplicada ao recorrente a pena de deserção, que impede o conhecimento do recurso."* (NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, RT, 11ª edição, 2.010, p. 881). RECURSO NÃO CONHECIDO.
> (Agravo de Instrumento 3508996201080600000; Relator(a): FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível Data de registro: 19/11/2012). (grifei).
>
> Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DO NÚMERO DO PROCESSO NA GUIA DE RECOLHIMENTO DAS CUSTAS. IMPOSSIBILIDADE DE VINCULAR A RESPECTIVA GUIA DE PAGAMENTO E O COMPROVANTE DE SUA QUITAÇÃO AO RESPECTIVO PROCESSO. DESERÇÃO CARACTERIZADA. PRECEDENTES DO STJ E DA 2ª CÂMARA CÍVEL. 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), não havendo falar-se em ofensa ao devido processo legal nem se podendo cogitar de regra materializadora de mera irregularidade. Precedentes da Corte Especial do STJ (AgRg no REsp 924942/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques e desta 2ª Câmara Cível (Ag. Int. em AI Nº 5384-53.2010.8.06.0000/0; Rel. Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira).** 2. Agravo regimental conhecido e desprovido.
> (Agravo Regimental 24630956200080600013; Relator(a): MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 17/05/2012). (**grifei**).

Não é outra a postura adotada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, com base em regulamento próprio (Portaria n.º 20/2004):

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO APELO EXTREMO, ANTE A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 187/STJ (DESERÇÃO).
> 1. **"A partir da edição da Resolução n. 20/2004, além do recolhimento dos valores relativos ao porte de remessa e retorno em rede bancária, mediante preenchimento da Guia de Recolhimento da União (GRU) ou de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), com a anotação do respectivo código de receita e a juntada do comprovante nos autos, passou a ser necessária a indicação do número do processo respectivo"** (AgRg no REsp 924.942/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell

> Marques, Corte Especial, DJe 18/3/2010). [...] 3. Primeiro agravo regimental não provido e demais reclamos não conhecidos, com aplicação de multa de 3% sobre o valor da causa (art. 557, § 2º, do CPC), ficando a interposição de novos recursos condicionada ao prévio recolhimento da penalidade imposta".
> (AgRg no REsp 1108082/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012).

Em virtude da circunstância posta – preparo realizado de modo impróprio –, restou configurada a deserção do agravo, obstando o seu conhecimento.

2.3- Frise-se que é ônus do agravante o correto preenchimento da guia de recolhimento do FERMOJU e que há norma prevendo a necessidade de indicação expressa do número do processo a que se vincula a guia de recolhimento de custas (Portaria nº 583/98), não podendo a parte se escusar do seu cumprimento.

Não se trata se formalidade excessiva, mas de medida que objetiva reduzir a incidência de fraudes.

2.4- A agravante não trouxe a lume argumentos suficientemente relevante para ensejar a modificação do julgado combatido, que segue a jurisprudência pacífica desta Corte Cearense de Justiça, na esteira da orientação do STJ, acima colacionada.

3- Com essas considerações, **nego provimento** ao presente agravo regimental.

Mantenho, assim, inalterada a decisão monocrática desta relatoria, que nega seguimento ao agravo de instrumento interposto, ante a sua manifesta inadmissibilidade.

É como voto.

Fortaleza, 10 de dezembro de 2014.

PROCESSOS Nº 0628683-68.2014.8.06.0000/50000
AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO DA COMARCA DE FORTALEZA
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADA: MARIA DOLORES SILVA E SOUSA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO PROVISÓRIA. LEI COMPLEMENTAR 31/2002. DEMORA INJUSTIFICADA POR MAIS DE 02 (DOIS) ANOS NA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO. MOROSIDADE E INOPERÂNCIA QUE PRIVA A PENSIONISTA DA INTEGRALIDADE DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUSÊNCIA DE MOTIVOS À RECONSIDERAÇÃO. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

I - Inexiste razão para reconsiderar a decisão ora agravada, porquanto sobre à matéria de fundo, nada de novo trouxe o agravante que pudesse ensejar alteração no julgamento.

II - Agravo conhecido e improvido. Decisão mantida.

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, em **conhecer do Agravo Regimental**, para negar-lhe provimento, mantendo a decisão agravada, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 26 de janeiro de 2015.

RELATÓRIO

Cuida-se de **Agravo Regimental** apresentado pelo ESTADO DO CEARÁ em desfavor de MARIA DOLORES SILVA E SOUSA, contra **decisão monocrática,**

que, nos autos do Agravo de Instrumento proposto por aquele, negou seguimento ao recurso, pois manifestamente improcedente, nos termos do art. 557, *caput,* do Código de Processo Civil.

O agravante nas razões recursais, fls. 01/12, **repete** os mesmos fatos e argumentos trazidos na inicial do Agravo de Instrumento, **transcrevendo** a peça inicial do recurso. Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

Conclusos os autos, apresento-os em mesa para julgamento, independentemente de revisão e inclusão em pauta.

É o relatório.

Fortaleza, 21 de janeiro de 2015.

VOTO

Presentes os pressupostos processuais, admito o recurso para submissão ao colegiado.

De saída, sublinho que a irresignação não comporta provimento, vez que o agravante não trouxe subsídio a possibilitar alteração dos fundamentos da decisão impugnada, que passo a transcrever:

> "Objetiva a agravada na inicial da Ação Ordinária, na qualidade de beneficiária de pensão *post mortem*, a percepção do valor na sua integralidade, argumentando que, depois de quase 03 (três) anos recebendo o percentual provisório de 80% (oitenta por cento), como determina o art. 1º, § 1º, da Lei Complementar nº 31/2002, não desincumbiu a Administração em findar o processo que extinguiria o desconto de 20% (vinte por cento) em suas verbas alimentares.
>
> Como se infere dos autos, foi protocolado pela autora, requerimento administrativo para recebimento da pensão por morte, no dia **24/02/2012**, sendo deferida, de forma precária, através da publicação no Diário Oficial, em **09/04/2012**, como afirma o agravante. Ocorre que, contados mais de 02 (dois) anos da concessão provisória, o procedimento não foi concluído, dando ensejo ao ajuizamento da demanda.
>
> A pensão provisória, como destaca o texto normativo, refere-se a uma situação temporária, sem possibilidade, em tese, de causar gravame irreparável ou de difícil reparação ao beneficiário.
>
> Diante desses fatos, é possível afirmar que o Poder Público vem se delongando na outorga definitiva da pensão, denotando-se inexistir justa causa que legitime essa atuação, bem como presunção de legalidade dos atos administrativos que resista a tais constatações.

Sendo assim, entendo que a ausência de resposta a requerimento feito pelo administrado, cujo pleito ocorreu em fevereiro de 2012, fere os preceitos constitucionais do direito à informação e de obter resposta da Administração, e os princípios da Efetividade, da Eficiência, da Transparência e da Duração Razoável do Processo.
Com o mesmo posicionamento, precedentes desse Sodalício:

"MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DA FAZENDA. ACOLHIMENTO. MÉRITO: PENSÃO *POST MORTEM*. PENSÃO PROVISÓRIA INSTITUÍDA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 31/2002. PERCEPÇÃO PARCIAL DO BENEFÍCIO DURANTE O TRÂMITE DO PROCESSO DE CONCESSÃO DEFINITIVA DA PENSÃO. SITUAÇÃO TRANSITÓRIA QUE, EM TESE, NÃO REPRESENTA PREJUÍZO PARA O BENEFICIÁRIO. ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE MATERIAL DA NORMA ESTADUAL COM O ART. 40, § 7º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE DEMORA INJUSTIFICADA PARA A CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO. TESE ACOLHIDA. **ADMINISTRATIVO PENDENTE HÁ QUASE 05 (CINCO) ANOS. MOROSIDADE E INOPERÂNCIA QUE PRIVA OS IMPETRANTES DA INTEGRALIDADE DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO POR TEMPO EXCESSIVO E DESARRAZOADO. AFRONTA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO (ART. 5º, INCISO LXXVIII) E AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA ESCRITOS NO ART. 37, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. ORDEM CONCEDIDA.
1 – Pretendem, na qualidade de beneficiários de pensão *post mortem*, a percepção de seu valor integral, ao argumento de que recebem somente o percentual de 80% (oitenta por cento).
2 – Destramo, por primeiro, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário da Fazenda do Estado do Ceará, posicionando-me, de logo, por acolhê-la. É que a autoridade legitimada a integrar o polo passiva da ação mandamental, na verdade, é aquela que detém poder decisório sobre a prática do ato ou a abstenção de praticá-lo, segundo a regra escrita no art. 6º, § 3º da retrocitada Lei nº 12.016/2009.
3 – Na hipótese, em que o *mandamus* ostenta natureza previdenciária e versa sobre pensão *post mortem*, a autoridade legitimada a compor o polo passivo é somente o Secretário de Planejamento e Gestão do Estado do Ceará, que, autorizado pela Lei Complementar nº 62/2007, administra a Previdência Estadual. A este respeito, cito precedente jurisprudencial: "Tendo o ato impugnado concessão de pensão provisória sido efetuada unicamente pelo Secretário de Planejamento e Gestão do Estado do Ceará, deve ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* arguida pelo Secretário da Fazenda do Estado do Ceará, sendo descabida, no caso, a formação

do litisconsórcio passivo." (TJ-CE; MS 000363076.2010.8.06.0000; Órgão Especial; Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes; DJCE 12/04/2013).

4 – Acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário da Fazenda do Estado do Ceará para exclui-lo da relação processual, extinguindo, em relação a esta autoridade, o presente *mandamus*, com base nos arts. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, e 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009.

5 – Passo ao mérito. Pretendem, como disse, o pagamento integral da pensão *post mortem* deixada pelo ex-servidor falecido Nilson Alves de Lima, ao argumento de que se mostra inconstitucional a Lei Complementar Estadual nº 31/2002, que prever o pagamento da pensão provisória no percentual de 80% (oitenta por cento).

6 – Esta norma – Lei Complementar Estadual nº 31/2002, instituiu e outorgou, enquanto não ultimado o processo administrativo que verifica a regularidade formal da pensão *post mortem*, a chamada "pensão provisória" às viúvas e demais dependentes de servidores públicos estaduais, a ser pago no valor de 80% (oitenta por cento) da pensão definitiva, conforme dispõe o art. 1º, § 1º.

7 – O pagamento da pensão provisória, segundo evidencia o próprio texto normativo, constitui uma situação transitória, sem possibilidade, em tese, de causar gravame irreparável ou de difícil reparação aos beneficiários, porque existe previsão expressa do pagamento das diferenças ao final do processo administrativo.

8 – O caráter provisório -e não definitivo da pensão, aponta que estes dispositivos não revelam qualquer incompatibilidade material com a ordem constitucional, sobretudo com o art. 40, § 7º, inciso I da Constituição Federal. Seria diferente, por exemplo, se após a conclusão do processo administrativo e a concessão definitiva da pensão, permanecessem os impetrantes a receber qualquer percentual inferior a 100% (cem por cento) do valor do benefício, que corresponde à totalidade da ultima remuneração do instituidor, não sendo este o caso dos autos.

9 – Contudo, causa-me estranheza o fato de que após quase 05 (cinco) anos do decesso do servidor e da impetração deste *mandamus*, ainda permaneça pendente a concessão definitiva da pensão, permanecendo a administração a dispor indefinidamente de parte do benefício previdenciário que recebem os impetrantes.

10 – Esta tardança inconcebível, viola, certamente, a garantia constitucional relativa à duração razoável do processo judicial e administrativo, escrita no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, o que demonstra a inoperância e a ineficiência no processamento da concessão definitiva do benefício previdenciário, tudo em inequívoca afronta aos princípios da moralidade e da eficiência administrativa (art. 37, ***caput* da CF). Neste sentido, escrevo excertos de lições jurisprudenciais: "Conforme reiterados pronunciamentos da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, não é lícito à Administração Pública prorrogar indefinidamente**

a duração de seus processos, pois é direito do administrado ter seus requerimentos apreciados em tempo razoável, nos termos do art. 5º, LXXVIII, da Constituição. (MS 13.728/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 3ª SEÇÃO, julgado em 23/11/2011, Dje 08/02/2012). "É inconcebível que o servidor público seja prejudicado pelo retardamento injustificado da Administração Pública na conclusão de seu processo de aposentadoria, porquanto, tal demora fere os princípios da moralidade e da eficiência, previstos no art. 37, *caput*, da CF/88, bem como da proporcionalidade e da razoabilidade." (TJCE; AC 0031526-57.2011.8.06.0001; 3ª Câmara Cível; Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes; DJCE 22/07/2013). "É passível de ser corrigida pela via mandamental a conduta da autoridade administrativa consistente em postergar indefinidamente a conclusão do processo administrativo, em respeito aos direitos de petição (CF, art. 5º, XXXIV) e à duração razoável do processo (CF, art. 5º, XXXVIII), bem como aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência (CF, ART. 37, CAPUT). (TJ-RN, MS 2012.012274-3; Rel. Des. Cláudio Santos; DJRN 18/06/2013).

11 – Cabe, então, aferir, por meio de uma análise necessariamente tópica, qual o valor que o ordenamento, em seu conjunto, deseja preservar nesta situação, conciliando os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais contrapostos, que de um lado determina o pagamento parcial de pensão *post mortem*, e, de outro, veda a eternização deste processo, que deve ser conduzido de forma célere e eficiente.

12 – E, nesta ordem de ideias, creio que a indefinição causada pela demora na conclusão do procedimento e a manutenção da situação imposta pelo art. 1º, § 1º da Lei Complementar Estadual nº 31/2002 (pagamento parcial do benefício previdenciário), neste caso concreto, impõem prejuízo aos impetrantes, porque o processo administrativo para concessão da pensão definitiva já dura quase 05 (cinco) anos, em evidente desrespeito aos princípios da moralidade, da eficiência administrativa e da garantia constitucional à razoável duração do processo administrativo (art. 37, caput, e art. 5º, inciso XXXVIII, todos da CF).

13 – Ordem concedida."

(Mandado de Segurança nº 0029348-12.2009.8.06.0000, Rel. Des. Emanuel Leite Albuquerque, Órgão Especial, julgado em 26/06/2014).

"DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO PROVISÓRIA POR MORTE DO SERVIDOR. LEI COMPLEMENTAR N°. 31/2002. RECEBIMENTO INTEGRAL. IMPOSSIBILIDADE. CORREÇÃO PARA O PERCENTUAL DE 80%. CÔNJUGE SEPARADO JUDICIALMENTE OU DIVORCIADO QUE ESTEJA PERCEBENDO PENSÃO ALIMENTÍCIA NA DATA DE FALECIMENTO DO SEGURADO. PENSÃO POR MORTE

ASSEGURADA. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.
1 - De acordo com os arts. 1º e 3º da Lei Complementar nº 31/02, o valor da pensão provisória corresponde a 80% (oitenta por cento) da remuneração que o servidor receberia se vivo estivesse. Desse modo, a pensão provisória não pode ser reconhecida em seu valor integral, eis que a Administração Pública deve agir *secundum legem*. **2 - Sem embargo, cabe à Administração Pública pronunciar-se, em tempo razoável, a respeito da juridicidade da pensão definitiva, assim como sobre seu valor, se acaso concedida, imprimindo maior celeridade ao processo administrativo em que se requer o benefício previdenciário.** 3 - O ex-cônjuge separado divorcialmente ou divorciado que esteja percebendo pensão alimentícia quando do falecimento do segurado faz jus à pensão por morte. 4 - AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE."
(Agravo de Instrumento nº 32740-23.2010.8.06.0000/0, Rel. Des. Washington Luis Bezerra de Araújo, Terceira Câmara Cível, julgado em 06/06/2012).

Quanto a alegação de impossibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, insculpida no art. 1º da Lei nº 9.494/97, resta inaplicável, *in casu*, tendo em vista que não se está diante de reclassificação, equiparação, concessão de aumentos ou vantagens a funcionários, tratando-se a demanda sobre direito previdenciário.
O Superior Tribunal de Justiça se manifestou sobre o tema:

"**PREVIDENCIÁRIO.** AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL. LIMINAR. FAZENDA PÚBLICA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
1. Não há como reapreciar fatos e provas que ensejaram a concessão da liminar. Incidência da Súmula 7/STJ.
2. Ademais a jurisprudência do STJ se firmou no sentido contrário à tese do agravante, permitindo a antecipação de tutela no presente caso.
3. Agravo Regimental não provido."
(AgRg no AgRg no AREsp 304.535/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 22/04/2014).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ART. 475 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. REQUISITOS. APRECIAÇÃO INVIÁVEL. SÚMULA 7/STJ.

1. Não há violação do artigo 535 do CPC quando o acórdão utiliza fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, sem incorrer em omissão, contradição ou obscuridade.
2. É possível a execução provisória contra a Fazenda Pública quando a sentença não tiver por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
3. No caso em análise, a tutela antecipada foi concedida para permitir a concessão do benefício previdenciário, ato que não está inserido nas hipóteses impeditivas constantes do artigo 1º da Lei n.º 9.494/97.
4. A jurisprudência desta Corte é uníssona quanto à inviabilidade, em sede de recurso especial, de se verificar os requisitos para antecipação dos efeitos da tutela, já que enseja o reexame de pressupostos fático-probatórios, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.
5. Agravo regimental improvido."
(AgRg no Ag 1230687/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011).

"**PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXCEÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 1º DA LEI N. 9.494/1997**. NECESSIDADE DE CIRURGIA.
INJUSTIFICADA INTERRUPÇÃO NO PAGAMENTO DE BENEFÍCIO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA.
1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de ser possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública a fim de assegurar o cumprimento da medida específica não incluídas nas exceções do art. 1º da Lei n. 9.494/1997.
2. A inversão do afirmado pela instância ordinária de ser necessário procedimento cirúrgico para correção da lesão sofrida pelo segurado e que o auxílio-acidente deixou de ser pago ao autor sem que houvesse qualquer evolução satisfatória em seu quadro clínico demandaria o revolvimento do contexto fático dos autos e desafia a Súmula n. 7/STJ.
3. Agravo regimental improvido."
(AgRg no REsp 1103740/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 07/12/2009).

Ante tais considerações, e com fulcro na jurisprudência deste Tribunal de Justiça e do STJ, bem como no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, NEGO SEGUIMENTO ao recurso, pois manifestamente improcedente, mantendo inalterada a decisão primeva.
Cientifique-se por meio de ofício o magistrado *a quo*, encaminhando-lhe cópia desta decisão.
Decorrido o prazo recursal sem que nada tenha sido requerido, certifique-se o trânsito em julgado e arquivem-se os autos."

Ademais, não é caso de reconsideração da decisão ora agravada, que se sustenta por seus próprios fundamentos, sobretudo porque, quanto à matéria de fundo, nada de novo apresentou o agravante que pudesse ensejar modificação no julgamento.

DIANTE DO EXPOSTO, voto pelo CONHECIMENTO do Agravo, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, ratificando a decisão agravada.

É o meu voto.

Fortaleza, 26 de janeiro de 2015.

Ação Direta de Inconstitucionalidade

PROCESSO:0027990-70.2013.8.06.0000-DIRETADEINCONSTITUCIONALIDADE
REQUERENTE: ANALEDA NEVES SAMPAIO (PREFEITA DO MUNICÍPIO DE JARDIM)
REQUERIDO: CÂMARA MUNICIPAL DE JARDIM
RELATOR: DES. EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. PARÂMETRO DE CONTROLE. INVOCAÇÃO DE DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, MAS TAMBÉM DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO ABSTRATO DE INCONSTUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. PROCESSO PARCIALMENTE EXTINTO. LEI MUNICIPAL QUE FIXA DATA LIMITE PARA A REALIZAÇÃO DOS PAGAMENTOS DEVIDOS AOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA E DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. LEI EDITADA EM DECORRÊNCIA DE PROJETO DE INICIATIVA PARLAMENTAR. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. NÃO VIOLAÇÃO. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

1. O controle abstrato de constitucionalidade, concentrado nos Tribunais de Justiça dos Estados, tem como parâmetro de aferição as respectivas Constituições Estaduais. Isto significa dizer que, ao se propor o controle de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo estadual ou municipal junto a um Tribunal de Justiça, há de se fazê-lo em face da respectiva Constituição Estadual – e não em face da Constituição Federal, que é parâmetro exclusivo no controle de constitucionalidade abstrato concentrado no Supremo Tribunal Federal (STF), e muito menos em face de normas infraconstitucionais.

2. Além disso, embora a causa de pedir nas ações de controle abstrato de constitucionalidade seja aberta, ainda assim se exige que a

petição inicial indique, além do dispositivo de lei ou o ato normativo impugnado, os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações.

3. Portanto, em sede de controle abstrato de constitucionalidade de competência dos Tribunais de Justiça, cabe ao requerente, ao indicar os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, proceder ao confronto entre o dispositivo impugnado (objeto) e a Constituição do Estado respectivo (parâmetro), sempre com o fim de demonstrar a existência de incompatibilidade vertical entre um e outro.

4. No caso dos autos, em que pese o Requerente tenha invocado o artigo art. 60, § 2º, alíneas "a", "b" e "c", da Constituição do Estado do Ceará, apontou também como fundamentos jurídicos do seu pedido o art. 61, §1º, inciso II, alíneas "a", "b" e "c", da Constituição da República, e o art. 54, incisos I, II, III e IV, da Lei Orgânica do Município de Jardim.

5. Embora as normas constitucionais estaduais invocadas pelo Requerente, e bem assim a própria norma infraconstitucional também indigitada, tenham, todas, gênese na Constituição da República (sendo daquelas denominadas "normas de repetição/reprodução obrigatória"), prevalece que, em sede de controle de constitucionalidade concentrado neste Tribunal de Justiça, o parâmetro de controle haverá de ser tirado, sempre, da Constituição do Estado do Ceará. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

6. Na espécie concreta, ante à incompetência deste Sodalício para o exercício de controle de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, e bem assim diante da manifesta impossibilidade/impropriedade de exercício de controle de constitucionalidade em face de norma infraconstitucional, o presente processo há de ser parcialmente extinto. Referida extinção, como é evidente, limitar-se à parcela da pretensão deduzida em face da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional – não atingindo, assim, a parte remanescente, validamente argüida em confronto com a Constituição Estadual.

7. Quanto ao mérito, o dispositivo legal impugnado não malferiu a Constituição, porquanto a fixação de data para o pagamento dos

servidores não constitui aumento de remuneração ou concessão de vantagem, dizendo respeito ao pagamento de valores devidos. Precedentes do STF.

8. Por conseguinte, a Câmara de Vereadores do Município de Jardim nem usurpou a iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo daquele Município, e nem tampouco agrediu o princípio da separação de poderes, uma vez que não ingeriu na esfera de atribuições e competências constitucionalmente outorgadas ao Executivo.

9. Processo parcialmente extinto, especificamente quanto à parcela da pretensão deduzida em face da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional. Com relação à porção deduzida face à Constituição do Estado do Ceará, fica declarada a constitucionalidade da Lei n.º 99, de 19 de abril de 2013, do Município de Jardim/CE, com a conseqüente improcedência do pedido formulado pelo Requerente.

ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS, ACORDA O ÓRGÃO ESPECIAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, SEM DIVERGÊNCIA DE VOTOS, EM EXTINGUIR PARCIALMENTE O PROCESSO, ESPECIFICAMENTE QUANTO À PARCELA PRETENSÃO DEDUZIDA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL, E, COM RELAÇÃO À PORÇÃO DEDUZIDA FACE À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ, DECLARAR A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N.º 99, DE 19 DE ABRIL DE 2013, DO MUNICÍPIO DE JARDIM/CE, COM A CONSEQÜENTE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO FORMULADO PELO REQUERENTE, TUDO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Fortaleza, 12 de fevereiro de 2015.

RELATÓRIO

Versa o processo sobre ação direta de inconstitucionalidade que a **PREFEITA DO MUNICÍPIO DE JARDIM** ajuizou para o fim de obter provimento

jurisdicional que declare a inconstitucionalidade da Lei n.º 99/2013, argumento de que confrontaria o art. 61, §1º, inciso II, alíneas "a", "b" e "c", da Constituição da República, o art. 60, § 2º, alíneas "a", "b" e "c", da Constituição do Estado do Ceará, e o art. 54, incisos I, II, III e IV, da Lei Orgânica do Município de Jardim.

Sustentou que "a lei 099/2013 (...) surgiu de iniciativa parlamentar, com o intuito de estabelecer data para pagamento da remuneração dos servidores públicos municipais", e que "em face do evidente defeito de iniciativa, posto que (...) a matéria é de exclusividade do Poder Executivo de Jardim, (...) a Prefeita vetou o projeto de lei respectivo".

Prosseguiu afirmando que, todavia, "a Câmara Municipal de Jardim derrubou o veto do executivo, e através de Decreto Legislativo quer dar eficácia a medida, para disciplinar, a seu talante, (...) a gerência do serviço público municipal, em verdadeira invasão das prerrogativas do gestor municipal".

Disse, assim que, "ao criar disposições atípicas na organização dos servidores públicos, sem obedecer ao sentido restrito e formal do processo legislativo contido no permissivo constitucional, a lei impugnada invade a independência funcional do Poder Executivo".

Argumentou que "a norma jurídica contido no autógrafo combatido é inconstitucional, na medida em que invade competência exclusiva do Poder Executivo, malferindo a independência dos poderes".

Ao fim, requereu: (a) a concessão de medida cautelar, "a fim de que seja suspensa a aplicação do art. 4º, § 2º, da Lei Municipal n.º 99/2013"; (b) "a procedência da presente ação, com a declaração da incompatibilidade vertical da lei atacada, em face dos artigos 60, § 2º e inciso, da Constituição Estadual, e ainda por via reflexa dos artigos 2º e 60, da Constituição Federal, bem como do art. 54, da Lei Orgânica do Município de Jardim".

Após a inaugural conclusão dos autos, despachei às págs. 131-132, determinando a notificação do Presidente da Câmara Municipal de Jardim, a fim de que prestasse informações.

Informações às págs. 138-144.

Às p. 205, determinei a intimação do Requerente, a fim de que regularizasse sua representação processual. Naquele oportunidade, determinei também: (a) a citação do Procurador Geral do Estado para se pronunciasse sobre a Lei impugnada, no prazo de 15 (quinze) dias; (b) a concessão de vista dos autos ao Procurador Geral de Justiça, também pelo prazo de 15 (quinze) dias.

Representação processual do Requerente devidamente regularizada às págs. 210-211.

Às págs. 215-218 consta petição do Procurador Geral do Estado do Ceará, afirmou, em suma, que: (a) "a lei impugnada versa sobre a remuneração dos servidores públicos municipais, o que, conforme o entendimento do STF, configura ofensa ao princípio da separação dos poderes"; e (b) "tendo em vista o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, é de ser dispensada a manifestação do Procurador-Geral do Estado".

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça (PGJ) às págs. 232-240, opinando pela improcedência do pedido de inconstitucionalidade.

Finalmente, à p. 241 vieram-me os autos em derradeira conclusão.

É o suficiente relatório.

VOTO

Como é de conhecimento jurídico comum, o controle abstrato de constitucionalidade, concentrado nos Tribunais de Justiça dos Estados, tem como parâmetro de aferição as respectivas Constituições Estaduais. Isto significa dizer que, ao se propor o controle de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo estadual ou municipal junto a um Tribunal de Justiça, há de se fazê-lo em face da respectiva Constituição Estadual – e não em face da Constituição Federal, que é parâmetro exclusivo no controle de constitucionalidade abstrato concentrado no Supremo Tribunal Federal (STF), e muito menos em face de normas infraconstitucionais.

Além disso, também é de média intelecção que, embora a causa de pedir nas ações de controle abstrato de constitucionalidade seja aberta, ainda assim se exige que a petição inicial indique, além do dispositivo de lei ou o ato normativo impugnado, os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações.

Portanto, em sede de controle abstrato de constitucionalidade de competência dos Tribunais de Justiça, cabe ao requerente, ao indicar os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, proceder ao confronto entre o dispositivo impugnado (objeto) e a Constituição do Estado respectivo (parâmetro), sempre com o fim de demonstrar a existência de incompatibilidade vertical entre um e outro.

No caso dos autos, em que pese o Requerente tenha invocado o artigo art. 60, § 2º, alíneas "a", "b" e "c", da Constituição do Estado do Ceará, apontou também como fundamentos jurídicos do seu pedido o art. 61, §1º, inciso II, alíneas "a", "b" e "c", da Constituição da República, e o art. 54, incisos I, II, III e IV, da Lei Orgânica do Município de Jardim.

Embora as normas constitucionais **estaduais** invocadas pelo Requerente, e bem assim a própria norma **infraconstitucional** também indigitada, tenham, todas, gênese na Constituição da República (sendo daquelas denominadas "normas de repetição/reprodução obrigatória"), prevalece que, em sede de controle de constitucionalidade concentrado neste Tribunal de Justiça, o parâmetro de controle haverá de ser tirado, sempre, da Constituição do Estado do Ceará. É o que se extrai do pensamento corrente no Supremo Tribunal Federal (STF):

> "**A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA LEI MUNICIPAL, PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL, DEVE TOMAR COMO PARÂMETRO NORMA DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, MESMO QUE DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA.**" (Supremo Tribunal Federal STF; RE-AgR 202.949; MG; Segunda Turma; Rel. Min. Joaquim Barbosa; Julg. 31/08/2010; DJE 12/11/2010; Pág. 41)

> "CONSTITUCIONAL. PENAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS. **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. VALIDADE DA NORMA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE.** HIPÓTESE DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. I. **Os Tribunais de Justiça dos Estados, ao realizarem o controle abstrato de constitucionalidade, somente podem utilizar, como parâmetro, a Constituição do Estado**. II. **Em ação direta de inconstitucionalidade, aos Tribunais de Justiça, e até mesmo ao Supremo Tribunal Federal, é defeso analisar leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal**. (...) lV. Recurso extraordinário conhecido e provido, para anular o acórdão, devendo outro ser proferido, se for o caso, limitando-se a aferir a constitucionalidade das Leis e atos normativos municipais em face da Constituição Estadual." (Supremo Tribunal Federal STF; RE 421.256-1; SP; Primeira Turma; Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Julg. 26/09/2006; DJU 24/11/2006; Pág. 76)

> "**COMPETÊNCIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DA CARTA DO ESTADO, NO QUE REPETE PRECEITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** O § 2º do artigo 125 do Diploma Maior não contempla exceção. **A competência para julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade é definida pela causa de pedir lançada na inicial**. **Em relação ao conflito da norma atacada com a Lei Máxima do Estado, impõe-se concluir pela competência do Tribunal de Justiça, pouco importando que o preceito questionado mostre-se como mera repetição**

> **de dispositivo, de adoção obrigatória, inserto na Carta da República.** (Supremo Tribunal Federal STF; RE 199293; SP; Segunda Turma; Rel. Min. Marco Aurélio; Julg. 19/05/2004; DJU 06/08/2004; p. 00021) ADCT, art. 19

No caso destes autos, ante à incompetência deste Sodalício para o exercício de controle de constitucionalidade de lei **municipal** em face da Constituição **Federal**, e bem assim diante da manifesta impossibilidade/impropriedade de exercício de controle de **constitucionalidade** em face de norma **infraconstitucional**, o presente processo há de ser parcialmente extinto.

Referida extinção, como é evidente, deve limitar-se à parcela da pretensão deduzida em face da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional – não atingindo, assim, a parte remanescente, validamente argüida em confronto com a Constituição Estadual.

Ultrapassado este juízo preliminar, levado a efeito ex officio, avanço ao deslinde do mérito, que se resolve pela só invocação do seguinte julgado, extraído da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 57 DA LEI COMPLEMENTAR N. 4 DO ESTADO DO MATO GROSSO. SERVIDORES PÚBLICOS. ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 61, § 1º, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. ARTIGO 69, "CAPUT" E §§, DA LEI COMPLEMENTAR N. 4. **FIXAÇÃO DE DATA PARA O PAGAMENTO DE VENCIMENTOS.** CORREÇÃO MONETÁRIA EM CASO DE ATRASO. **CONSTITUCIONALIDADE.** 1. A celebração de convenções e acordos coletivos de trabalho constitui direito reservado exclusivamente aos trabalhadores da iniciativa privada. A negociação coletiva demanda a existência de partes detentoras de ampla autonomia negocial, o que não se realiza no plano da relação estatutária. 2. A Administração Pública é vinculada pelo princípio da legalidade. A atribuição de vantagens aos servidores somente pode ser concedida a partir de projeto de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, consoante dispõe o artigo 61, § 1º, inciso II, alíneas "a" e "c", da Constituição do Brasil, desde que supervenientemente aprovado pelo Poder Legislativo. Precedentes. 3. **A fixação de data para o pagamento dos vencimentos dos servidores estaduais e a previsão de correção monetária em caso de atraso não constituem aumento de remuneração ou concessão de vantagem.** Pedido julgado parcialmente procedente para declarar inconstitucional a expressão "em acordos coletivos ou em convenções de trabalho que venham a ser celebrados", contida na parte final do artigo 57, da Lei Complementar n. 4, de 15 de

> outubro de 1990, do Estado do Mato Grosso. (ADI 559, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/2006, DJ 05-05-2006 PP-00003 EMENT VOL-02231-01 PP-00024 RTJ VOL-00199-01 PP-00041 LEXSTF v. 28, n. 329, 2006, p. 10-16)

Nada custa transcrever enxertos do voto condutor que o então Min. Eros Grau proferiu naquele julgamento. Confiram:

> "Este Tribunal, ao julgar a ADI n.º 176-1/MT, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 9.10.92, firmou o entendimento de que a fixação de data para o pagamento dos vencimentos dos servidores públicos estaduais e a previsão de correção monetária em caso de atraso não representa afronta à Constituição de 1998.
>
> Não há que se cogitar de inconstitucionalidade do preceito impugnado, seja sob o ponto de vista formal, seja sob o ponto de vista matéria. Conforme destacou o Ministro MARCO AURÉLIO, a fixação de data para o pagamento dos servidores estaduais e a previsão de correção monetária em havendo atraso nesse pagamento não constituem aumento de remuneração ou concessão de vantagem, dizendo respeito ao pagamento de valores devidos. Os preceitos impugnados tratam somente de preservar o poder aquisitivo da moeda. Ademais, a orientação adotada pela Corte quando do julgamento da ADI n. 176-1/MT foi seguida nos acórdãos exarados na ADI n.º 171-2/PR, Relator o Ministro OCTAVIO GALLOTI, DJ de 8.10.93; ADI n. 657-6/RS, Relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 28.9.01; e ADI n. 544-8/SC, Relator o Ministro CARLOS VELOO, DJ de 30.4.04."

No caso em julgamento, a Lei n.º 99, de 19 de abril de 2013, fruto de proposta de iniciativa legislativa da própria Câmara Municipal de Jardim, estipula, em seu art. 1º, o seguinte:

> "Art. 1º. **Fica o chefe do Poder Executivo do Município de Jardim**, estado do Ceará, **obrigado a efetuar o pagamento dos Servidores Públicos Municipais, impreterivelmente, até o quinto dia útil do mês subseqüente ao trabalhado**."

A exemplo do paradigma extraído do ementário do Pretório Excelso, também na espécie destes autos o dispositivo legal impugnado não malferiu a Constituição, porquanto a fixação de data para o pagamento dos servidores não constitui aumento de remuneração ou concessão de vantagem, dizendo respeito ao pagamento de valores devidos.

Por conseguinte, ao editar aquele dispositivo, fazendo-o por projeto de sua própria iniciativa, a Câmara de Vereadores do Município de Jardim nem usurpou a iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo daquele Município, e nem tampouco agrediu o princípio da separação de poderes, uma vez que não ingeriu na esfera de atribuições e competências constitucionalmente outorgadas ao Executivo.

E assim é que, ante ao exposto, e desnecessárias detenças, **voto pela extinção parcial do processo**, especificamente da parcela da pretensão deduzida em face da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, **e**, com relação à porção deduzida face à Constituição do Estado do Ceará, **voto pela declaração da constitucionalidade da Lei n.º 99, de 19 de abril de 2013, do Município de Jardim/CE, julgando, por conseqüência, improcedente o pedido formulado pelo Requerente**.

Sem custas. Sem sucumbência.

É como voto.

Fortaleza, 12 de fevereiro de 2015.

Mandado de Segurança

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0146711-12.2012.8.06.0001
IMPETRANTE: ARACI TAVARES DE ANDRADE FURTADO
IMPETRADO: SECRETÁRIO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. INÁCIO DE ALENCAR CORTEZ NETO

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO DE MENOR SOB GUARDA COMO DEPENDENTE PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. POSSIBILIDADE, TENDO EM VISTA AS ESPECIFICIDADES DO CASO, O DISPOSTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O ENTENDIMENTO SUFRAGADO RECENTEMENTE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

I. A controvérsia em tela cinge-se em verificar a possibilidade de inscrição de neto, sob guarda judicial de avó materna, como dependente desta para fins previdenciários perante a Previdência do Estado do Ceará.

II. Com efeito, cumpre registrar que a Lei Complementar nº 12/1999 e a Lei nº 8.213/1991 não incluíram no rol dos dependentes do segurado a pessoa sob guarda, mas apenas o menor sob tutela judicial. Ocorre que a Lei nº 8.069/1990, ao dispor acerca do Estatuto da Criança e Adolescente, estabeleceu, na parte em que trata da guarda, notadamente no § 3º, do art. 33, que: "A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários."

III. Conforme se observa, há uma controvérsia entre as aludidas normas acerca da possibilidade de se considerar o menor sob guarda como dependente para fins previdenciários, eis que enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê tal possibilidade, a lei 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, é omissa nesse

ponto. A celeuma chegou ao Superior Tribunal de Justiça que passou a defender, pela maioria de suas turmas, que, no caso de menor sob guarda, norma previdenciária de natureza específica deve prevalecer sobre o disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, eis que esta é lei anterior e genérica.

IV. Em que pese o referido entendimento do Superior Tribunal de Justiça, analisando mais detidamente o presente caso e em consonância com o recentíssimo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, hei por bem divergir daquele entendimento.

V. *Ab intitio*, faz-se imperioso registrar que a Lei 8.213, em sua redação original, considerava que o menor sob guarda era equiparado ao filho para fins de inscrição como beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente. A aludida previsão, no entanto, não perdurou durante muito tempo, eis que com a publicação da Medida Provisória nº 1523, em 14 de outubro de 1996, posteriormente reeditada e convertida na Lei 9.528/1997, foi retirado o menor sob guarda da relação dos dependentes previdenciários. A referida mudança legislativa foi implementada, naquela época, como forma de coibir as inúmeras ações em que avós postulavam a guarda de seus netos com o único intuito de assegurar a estes pensão por morte.

VI. A meu ver, alterações legislativa visando obstar fraudes processuais são sempre bem vindas em nosso Ordenamento Jurídico, todavia, devem ser interpretadas com cautela e não podem ser aplicadas genericamente a qualquer situação, porquanto cada caso tem sua especificidade e merece ser analisado concretamente. No caso em tela, em que se busca a concessão de inscrição de menor como dependente para fins previdenciários, deve ser analisado à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, em virtude da ampla proteção conferida ao menor, da Constituição Federal e do novel entendimento do Supremo Tribunal Federal.

VII. A ora impetrante impetrou o presente *Mandamus* apenas em 2012, ou seja, muito após a concessão da guarda que foi

concedida em 2009. Depreende-se, assim, que a impetrante, responsável pelos cuidados de seu neto desde o nascimento deste, não busca fraudar o sistema previdenciário, mas, muito pelo contrário, deseja garantir o direito de seu neto menor, após sua morte, continuar recebendo a mesma assistência financeira que sempre proporcionou pra ele. Conforme registrado alhures e demonstrado pelos documentos anexados neste *Mandamus*, o neto menor foi criado pela avó e sustentado por esta desde o seu nascimento, sem nunca ter contado com o apoio financeiro ou emocional dos pais, não se fazendo justo e razoável, assim, que seja negada a inscrição daquele perante o Órgão Previdenciário do Estado do Ceará pelo simples fato da legislação ter suprimido a figura do menor sob guarda da categoria de dependente. Com efeito, a referida alteração legislativa, consoante já ressaltado, visou impedir fraudes processuais, mas não prejudicar o direito de menores, na mesma situação deste, ficarem desamparados emocionalmente e financeiramente.

VIII. De fato, é preciso dar máxima efetividade as normas constitucionais, atribuindo na interpretação destas uma maior eficácia. *In casu*, a negativa de inscrição do menor, considerando as especificidades do caso, afrontou de forma direta a Constituição Federal, notadamente a norma que determina ser dever do Estado, com absoluta prioridade, assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente. Por derradeiro e para fundamentar, com ainda mais sustância, o presente *Mandamus* cumpre transcrever recentíssima decisão exarada pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal em que foi reconhecido ao menor sob guarda o direito à pensão, tendo em vista o princípio da proteção da criança que deve prevalecer. MS 31687 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014.

IX. Segurança concedida.

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Araci Tavares de Andrade Furtado em face de ato do Secretário de Planejamento e Gestão do Estado do Ceará concernente na negativa de inscrição do menor Lucas de Andrade Furtado Gonçalves como seu dependente previdenciário.

A impetrante relata que é avó materna do menor Lucas de Andrade Furtado Gonçalves e que em 2009 conseguiu a guarda judicial deste, eis que sua filha, mãe do menor, faleceu e que o pai declarou de forma expressa que jamais teria condições de assumir responsabilidades paternas.

Ocorre que ao requerer a inscrição de seu neto junto à Previdência Social dos Servidores Públicos -SUPSEC, foi informada que somente com a concessão da tutela judicial seria possível a inscrição pretendida.

Desse modo, requer seja determinado a inscrição do seu neto como seu dependente junto à Previdência Social dos Servidores Públicos Civis e Militares dos Agentes Públicos e dos Membros do Poder do Estado do Ceará – SUPSEC/Instituto de Saúde dos servidores do Estado do Ceará – ISSEC.

O douto Juiz *a quo* da 7ª Vara da Fazenda Pública, ao receber o pretenso *Mandamus*, determinou o encaminhamento dos autos a esta Corte de Justiça, em conformidade com o teor do art. 109, inciso VII, alínea b da Constituição Estadual.

O Secretário de Planejamento e Gestão do Estado do Ceará, nas informações de fls. 60/71, afirma que o direito requestado pela impetrante carece de previsão legal, eis que o neto não é considerado dependente de seus avós para fins previdenciários.

Ademais, aduz que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se pacificou quanto à ausência da condição de dependente previdenciário nessas hipóteses.

Assevera que há de se distinguir a figura do tutelado, prevista na Constituição Estadual como dependente previdenciário, e a do menor sob guarda, eis que constituem institutos civis distintos.

Assim, requer seja julgada improcedente a demanda, com a denegação da segurança pleiteada.

O Estado do Ceará, na petição de fls. 103/104, ingressou no feito mandamental para reiterar, na defesa do ato impugnado, as informações prestada pela autoridade impetrada, pugnando pela improcedência do pleito autoral.

Esta Relatoria, na decisão interlocutória de fls. 118/126, indeferiu o pedido liminar requestado pela impetrante.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de fls. 130/135, manifestou pela denegação da segurança, por não se divisar da conduta impugnada qualquer aresta de ilegalidade ou abusividade a ser desbastada por meio de mandado de segurança.

É o relatório.

VOTO

A controvérsia em tela cinge-se em verificar a possibilidade de inscrição de neto, sob guarda judicial de avó materna, como dependente desta para fins previdenciários perante à Previdência do Estado do Ceará.

Conforme se depreende pelos fatos e documentos anexados ao *Mandamus* em tela, a Sra. Araci Tavares de Andrade Furtado, ora impetrante, por meio da Ação de Guarda de nº 2008.0018.1121-1, obteve a guarda judicial de seu neto, Lucas de Andrade Furtado Gonçalves, em 3 de abril de 2009.

Ademais, observa-se que a genitora do menor, em 15 de dezembro 2009, faleceu (fls. 17) e que o genitor assinou declaração em que afirma concordar plenamente com o pedido de guarda judicial feito pela impetrante (fls. 21).

O Secretário do Planejamento e Gestão do Estado do Ceará deixou de atender o pedido da impetrante de inscrição de neto como dependente previdenciário, sob o fundamento de que, de acordo com o art. 6º, § 1º, da Lei Complementar nº 12/1999, não consta como dependente, para efeito de concessão de benefício previdenciário de pensão por morte, a figura do menor sob guarda.

Com efeito, cumpre repisar que *a* Lei 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, em seu art. 16, trata dos dependentes dos segurados, senão vejamos:

> "Art.16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
> I - 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; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)
> II - os pais;
> III - o irmão 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; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)
> § 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.
> **§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.** (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

> § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.
> § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada."

Por sua vez, a Lei Complementar nº 12/1999, que instituiu o Regime Próprio dos Servidores do Estado do Ceará, ao dispor acerca dos dependentes e em respeito aos dispositivos acima transcritos, estatuiu que:

> "Art. 6º - O Sistema Único de Previdência Social do Servidores Públicos Civis e Militares, dos Agentes Públicos e dos Membros de Poder do Estado do Ceará SUPSEC proporcionará cobertura exclusiva aos segurados, em favor de seus respectivos dependentes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei Complementar, ficando vedado o pagamento de benefícios mediante convênios ou consórcios entre o Estado e seus Municípios.
> Parágrafo único. Os dependentes de que trata o caput, são:
> I - o cônjuge supérsite, companheiro ou companheira;
> II - os filhos menores ou inválidos, sob dependência econômica do segurado;
> III - **o menor sob tutela judicial, que viva sob dependência econômica do segurado.**

Depreende-se, assim, que a Lei Complementar nº 12/1999 e a Lei nº 8.213/1991 não incluíram no rol dos dependentes do segurado a pessoa sob guarda, mas apenas o menor sob tutela judicial.

Ocorre que a Lei nº 8.069/1990, ao dispor acerca do Estatuto da Criança e Adolescente, estabeleceu, na parte em que trata da guarda, notadamente no § 3º, do art. 33, que: "*A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários."*

Conforme se observa, há uma controvérsia entre as aludidas normas acerca da possibilidade de se considerar o menor sob guarda como dependente para fins previdenciários, eis que, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê tal possibilidade, a lei 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, é omissa nesse ponto.

A celeuma chegou ao Superior Tribunal de Justiça que passou a defender, pela maioria de suas turmas, que, no caso de menor sob guarda, norma previdenciária de natureza específica deve prevalecer sobre o disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, eis que esta é lei anterior e genérica.

Assim, segundo a referida Corte Superior, a Lei 8.213, que não incluiu o menor sob guarda como dependente previdenciário, deve prevalecer sobre o Estatuto da Criança e Adolescente que, expressamente, dispõe que a guarda confere à criança e ao adolescente a condição de dependente previdenciário. Confira-se:

> "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. MENOR DESIGNADO. LEI 8.069/90 (ECA). NÃO-APLICAÇÃO. ENTENDIMENTO DA TERCEIRA SEÇÃO. LEI 9.528/97.
> 1. **A Terceira Seção desta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que, no caso de menor sob guarda, norma previdenciária de natureza específica deve prevalecer sobre o disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Precedentes.
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no RMS 30.045/MT, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 21/11/2011).

Em que pese o referido entendimento do Superior Tribunal de Justiça, analisando mais detidamente o presente caso e em consonância com o recentíssimo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, hei por bem divergir daquele entendimento, pelas razões que passarei a expor.

Ab intitio, faz-se imperioso registrar que a Lei 8.213, em sua redação original, considerava que o menor sob guarda era equiparado ao filho para fins de inscrição como beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente.

A aludida previsão, no entanto, não perdurou durante muito tempo, eis que com a publicação da Medida Provisória nº 1523, em 14 de outubro de 1996, posteriormente reeditada e convertida na Lei 9.528/1997, foi retirado o menor sob guarda da relação dos dependentes previdenciários.

A referida mudança legislativa foi implementada, naquela época, como forma de coibir as inúmeras ações em que avós postulavam a guarda de seus netos com o único intuito de assegurar a estes pensão por morte.

Com efeito, faz-se imperioso registrar o entendimento do Professor Hermes Arrais Alencar acerca de tal mudança legislativa, senão vejamos:

> "A alteração legislativa buscou reverter o quadro crescente de avós que postulavam a guarda judicial dos netos, com o fim único de garantir a estes o direito de pensão por morte junto à previdência. Manipulavam o instituto

> da guarda judicial como se fosse instrumento de disposição de ultima vontade, na busca de outorgar ao neto o direito a beneficio previdenciário, consistente na pensão por morte".
> (ALENCAR, Hermes Arrais. Benefícios Previdenciários. 4ª ed. São Paulo: EUD. 2010. p.227.)

A meu ver, alterações legislativa visando obstar fraudes processuais são sempre bem vindas em nosso Ordenamento Jurídico, todavia, devem ser interpretadas com cautela e não podem ser aplicadas genericamente a qualquer situação, porquanto cada caso tem sua especificidade e merece ser analisado concretamente.

É interessante deixar registrado, por oportuno, um trecho do Voto do Ministro Arnaldo Esteves Lima, no julgamento dos Embargos de Divergência em Resp n° 844.598 -PI, em que este defende, em síntese, que o menor sob guarda legítima não pode ser punido pela ocorrência de fraudes processuais, *in verbis*:

> "...existem muitas guardas que são legítimas, a pessoa obtém a guarda de um menor legitimamente, pois quer proteger, tem condições, acha que é justo e merecido. Mas, aquele menor que está legitimamente numa situação desta, será colocado numa vala comum porque existem fraudes? As fraudes devem ser combatidas pela fiscalização, pela policia, pelo aparelho preventivo e repressivo que a legislação coloca à disposição da nossa sociedade."

No caso em tela, em que se busca a concessão de inscrição de menor como dependente para fins previdenciários, deve ser analisado à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, em virtude da ampla proteção conferida ao menor, da Constituição Federal e do novel entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Napoleão Nunes Mais Filho, no julgamento dos Embargos dos Divergência em Resp (n° 844.598), embora tenha sido voto vencido, discorreu de forma brilhante acerca da proteção do menor conferida por Nossa Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mostrando-se contrário ao entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça naquela oportunidade, senão vejamos (grifei):

> "A Constituição Federal expressa de maneira até redundante "prioridade absoluta para as crianças". Bastava "prioridade", ou talvez, outra expressão desse tipo. As crianças e os adolescentes têm de ser protegidos pelo Poder Público e pelas famílias em qualquer circunstância – e esta é uma. A criança estava sob guarda do segurado. Não importa que a lei diga que ele

> não poderia designar. Ele nem precisa designar; ele não era o guardião? A lei deveria dizer que ele não poderia ser o guardião. Ora, ele pode ser o guardião, ter os ônus da guarda, e a criança, sob guarda, não tem as vantagens previdenciárias de uma situação de dependência qualificada pela guarda, e, ainda, que não fosse, poderia justificar depois da morte? Essa decisão em contrário, com todo o respeito, com a devida vênia, além de afrontar a Constituição Federal, que estabelece que se dê às crianças o máximo de proteção é uma recomendação muito antiga. Vem da época de Cícero, *pueri debetur maxima referenica*. **As crianças merecem o máximo de cuidado, e no caso, estamos deixando a criança ao desamparo. Já ficou sem a proteção do guardião, sem o amparo moral do guardião, e fica, agora, também, sem a pensão que o guardião pode, legitimamente, deixar. Penso que essa exegese, além de afrontar a Constituição Federal, afronta o Código do Menor, o Estatuto da Criança, afronta a realidade cruel das crianças abandonadas, tanto que tinha um guardião, e afronta, principalmente, o sentimento de proteção que permeia toda a legislação menorista e previdenciária, a meu ver.** Penso que o menor não tem designado. Se ele for designado, mas não for dependente, não terá pensão."

Compulsando o presente *Mandamus*, vê-se que a ora impetrante requereu a guarda do menor em 2008 pelo fato da genitora deste ter transtornos psiquiátricos e do genitor concordar com a guarda. Ademais, demonstrou que cuidava do menor desde o seu nascimento. Assim, a douta Magistrada da 16ª Vara de Família, em 03 de abril de 2009, julgou procedente o pedido, nos termos do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deferiu a impetrante a guarda do menor.

Faz-se imperioso registrar, ademais, que na sentença concessiva de guarda, a MM. Juíza da 16ª Vara de Família, após a análise das provas, concluiu que:

> "As provas colhidas nos autos – o Relatório e documentos – dão conta de que o garoto é guardado por sua avó desde o nascimento, em face do quadro clínico da genitora, a qual é portadora de transtornos psiquiátricos que a impedem de levar uma vida normal e de realizar os cuidados maternos para com o filho, estando os genitores de comum acordo com o presente pedido, e que se livre e espontânea vontade, conferiram a posse de fato do filho à promovente, os quais vêm prestando completa assistência material, moral e educacional ao garoto."

O genitor do menor, conforme se observa na declaração de fls. 21, concordou plenamente com o pedido de guarda, declarando que estava ciente de todas as

consequências advindas com a concessão da guarda. A genitora do menor, por sua vez, após a concessão da guarda judicial à avó, faleceu, conforme se observa pela certidão de óbito juntada às fls. 17 deste *Mandamus*.

A ora impetrante impetrou o presente *Mandamus* apenas em 2012, ou seja, muito após a concessão da guarda. Depreende-se, assim, que a impetrante, responsável pelos cuidados de seu neto desde o nascimento deste, não busca fraudar o sistema previdenciário, mas, muito pelo contrário, deseja garantir o direito de seu neto menor, após sua morte, continuar recebendo a mesma assistência financeira que sempre proporcionou pra ele.

Conforme registrado alhures e demonstrado pelos documentos anexados neste *Mandamus*, o neto menor foi criado pela avó e sustentado por esta desde o seu nascimento, sem nunca ter contado com o apoio financeiro ou emocional dos pais, não se fazendo justo e razoável, assim, que seja negada a inscrição daquele perante o Órgão Previdenciário do Estado do Ceará pelo simples fato da legislação ter suprimido a figura do menor sob guarda da categoria de dependente.

Com efeito, a referida alteração legislativa, consoante já ressaltado, visou impedir fraudes processuais, mas não prejudicar o direito de menores, na mesma situação deste, ficarem desamparados emocionalmente e financeiramente.

A Constituição Federal, em seu art. 227, foi clara e expressa em afirmar que *"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, 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."*

Vê-se, assim, que o Estado, ao negar a inscrição do menor como dependente de sua guardiã, está indo de encontro ao referido dispositivo, pois não está assegurando absoluta prioridade à criança, impedindo a esta o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar.

Outrossim, não se pode olvidar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 33, § 3º, estatui que *"A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários."*

O mesmo dispositivo da Constituição Federal, acerca da proteção da criança e do adolescente, também foi inserido no Estatuto da Criança e Adolescente, que dispõe, em seu art. 4º, que *"É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."*

O Juiz Federal da 13ª Vara de Fortaleza, trilhando o mesmo posicionamento ora defendido, concedeu pensão por morte a menor sob guarda judicial, sob os seguintes fundamentos, senão vejamos:

> "A Constituição Federal enfatiza o direito fundamental de igualdade em mais de um dispositivo, tais como o art. 3º, III, art. 5º, caput e chega a ser detalhista em relação aos filhos no art. 227, §6º. Do conjunto pode extrair-se a vedação de discriminação em relação ao menor sob guarda, para fins de reconhecimento de dependência no âmbito previdenciário.
> A necessidade do zelo pelos direitos fundamentais por parte do aplicador fica evidente quando se percebe que a odiosa alteração legislativa comentada aqui chegou a ser referendada por algumas decisões do STJ, as quais se valeram do frágil argumento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente, por ser norma de cunho genérico, não prevalece sobre o regime específico da legislação previdenciária. Essa mesma Corte, todavia, em decisões mais lúcidas e sensíveis aos direitos fundamentais em questão, reconheceu o direito do menor sob guarda à percepção do benefício previdenciário de pensão por morte.
> Mais recentemente, a TNU (Turma Nacional de Uniformização) reconheceu a tese aqui enfrentada.
> Em relação ao menor sob guarda do servidor público Federal, a Lei 8112/90 prevê, em seu art. 217, inciso II, alínea "b", a concessão até os 21 anos de idade. Tal previsão vem sendo confirmada, ultimamente, pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em sucessivas decisões liminares deferidas por vários ministros da mais alta Corte do Judiciário Brasileiro, conforme se verá na fundamentação da presente sentença.
> Ora, se para o menor sob guarda do servidor público federal existe previsão legal e sua concessão pelo STF, não poderia haver descompasso no sentido de não deferimento do mesmo pedido para menores sob guarda de segurado da Previdência Social, porquanto isso desbordaria em completa falta de ISONOMIA
> CONSTITUCIONAL.
> **Por fim, queremos afirmar que uma interpretação que não descura do direito de isonomia e do princípio da proteção integral às crianças e aos adolescentes, a quem a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais, dos quais há de ser extraída a máxima efetividade possível, além de serem insuscetíveis de retrocesso, mostra que ao menor sob guarda deve ser reconhecida a condição de dependente de segurado da Previdência, tanto da pública, quanto da privada.**"

De fato, é preciso dar máxima efetividade as normas constitucionais, atribuindo na interpretação destas uma maior eficácia. *In casu*, a negativa de inscrição do menor, considerando as especificidades do caso, afrontou de forma direta a

Constituição Federal, notadamente a norma que determina ser dever do Estado, com absoluta prioridade, assegurar o direito à vida da criança e do adolescente.

Por derradeiro e para fundamentar, com ainda mais sustância, o presente *Mandamus* cumpre transcrever recentíssima decisão exarada pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal em que foi reconhecido ao menor sob guarda o direito à pensão, tendo em vista o princípio da proteção da criança que deve prevalecer, senão vejamos:

> "Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Menor sob guarda. Anulação de ato em que se negou registro, por ilegalidade, a pensão concedida com base no art. 217, II, b, da Lei nº 8.112/1990. **Princípio da proteção à criança – art. 227 da CF. Dependência econômica do menor em relação à servidora falecida. Agravo regimental não provido. 1. É direito do menor que, na data do óbito de servidor, esteja sob a sua guarda receber pensão temporária até completar 21 (vinte e um) anos de idade (alínea 'b' do inciso II do art. 217 da Lei nº 8.112/90). Precedente.** 2. Agravo regimental não provido." (MS 31687 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02-04-2014 PUBLIC 03-04-2014).

Destarte, considerando que o menor sob guarda desde o seu nascimento vem sendo criado e sustentado por sua avó, ora impetrante, e levando em conta os preceitos da nossa Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio da proteção integral do menor e em consonância com o recente entendimento deflagrado pelo Supremo Tribunal Federal, entendo que deve ser garantida a inscrição do menor sob guarda como dependente previdenciário da impetrante.

Com fulcro nas razões acima esposadas e em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, concedo a segurança pleiteada, determinando que a autoridade impetrada inscreve o menor, Lucas de Andrade Furtado Gonçalves, como dependente da Sra. Araci Tavares de Andrade Furtado perante a Previdência Social dos Servidores Públicos Civis e Militares, dos Agentes Públicos e dos Membros do Poder do Estado do Ceará – SUPSEC/INSTITUTO DE SAÚDE DOS SERVIDORES DO ESTADO DO CEARÁ – ISSEC.

Fortaleza, 3 de julho de 2014.

MANDADO DE SEGURANÇA N° 0020710-92.2006.8.06.0000
IMPETRANTES: FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS E OUTROS
IMPETRADOS: SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA.SERVIDORES PÚBLICOS APOSENTADOS DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ – SEFAZ. DESCONTOS EFETIVADOS POR MEIO DE PAGAMENTO A MENOR DO PRÊMIO POR DESEMPENHO FISCAL (PDF) E DA SUBMISSÃO DE VANTAGENS PESSOAIS AO TETO REMUNERATÓRIO DOS SERVIDORES ESTADUAIS. REDUÇÃO OCORRIDA POSTERIORMENTE À EDIÇÃO DA EC Nº 41/2003. SUBMISSÃO DOS PROVENTOS AO TETO REMUNERATÓRIO, EM RESPEITO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 37, INCISO XI, DA CF/88). PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

I. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por servidores públicos estaduais aposentados contra ato ilegal e abusivo reputado ao Secretário de Administração do Estado do Ceará e ao Secretário da Fazenda do Estado do Ceará concernente na redução dos proventos de aposentadoria daqueles, por meio da instituição de desconto remuneratório evidenciado pela inclusão das vantagens de gratificação por tempo de serviço, vantagem pessoal e gratificação incorporada no cálculo do teto remuneratório, assim como pelo não pagamento integral do Prêmio por DesempenhII. Desse modo, a partir da Emenda Constitucional 41/2003, a remuneração e o subsídio dos servidores públicos, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não podem exceder ao subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Ademais,

passou-se a prever os subtetos ou tetos específicos a serem respeitados por cada Ente Estatal. A iniciativa para a fixação de projeto de lei fixando os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, passou a ser do próprio Supremo Tribunal Federal.

III. No caso em tela, a aposentadoria dos impetrantes, servidores públicos estaduais aposentados, lotados quando em atividade na Secretaria Estadual da Fazenda – SEFAZ, deve ser fixada de modo a não ultrapassar o subsídio mensal do Governador do Estado, posto ser este o subteto para os servidores do Executivo Estadual, conforme delineia a Constituição Federal. Compulsando os presentes fólios processuais, vê-se que as subtrações remuneratórias nos proventos dos impetrantes, referentes à inclusão da parcela REM MÁXIMA e do não pagamento integral do PRD (prêmio por desempenho fiscal), apenas ocorreram por conta da limitação imposta pela EC n° 41/2003, ou seja, em obediência à Constituição Federal.

IV. No que se refere às vantagens de caráter pessoal, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já assentaram entendimento de que aquelas estão excluídas do teto remuneratório em período anterior a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41. No pretenso caso, todavia, os impetrantes requerem a exclusão de vantagens pessoais do cômputo do teto remuneratório em momento posterior a edição da EC nº 41, que expressamente incluiu as aludidas vantagens pessoais ao limite do teto remuneratório.

V. Com efeito, cumpre destacar que o Superior Tribunal de Justiça, de maneira majoritária, vem adotando o entendimento de que não há direito adquirido ao recebimento de remuneração, proventos ou pensão acima do teto remuneratório previsto através da Emenda Constitucional nº 41/2003 e que as vantagens pessoais devem ser incluídas no redutor do teto remuneratório. Esta Corte de Justiça, inclusive, por meio de julgamentos no Pleno, já se manifestou em duas oportunidades em casos idênticos ao ora em exame, entendendo que, após

a Emenda Constitucional nº 41/2003, não só as vantagens pessoais como qualquer espécie remuneratória deve se submeter ao teto remuneratório previsto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal.

VI. Por fim, cumpre registrar que, conforme entendimento assentado pelos Tribunais Superiores, não há que se falar em direito adquirido à irredutibilidade de vencimentos no caso da remuneração do servidor ultrapassar o teto remuneratório implantado com a EC 41/2003.

VII. Segurança negada.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de sessão, por unanimidade de votos, em DENEGAR A SEGURANÇA, nos termos do voto proferido pelo Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por servidores estaduais aposentados contra suposto ato ilegal e abusivo praticado pelo Secretário de Administração do Estado do Ceará e Secretário da Fazenda do Estado do Ceará.

Conforme alegam os impetrantes, a lesão vem ocorrendo mensalmente, eis que decorrente da remuneração máxima, cujo valor que excede o valor do teto é devolvido pelo servidor ao erário estadual. Ademais, alegam que a lesão se materializa pelo não pagamento do valor integral devido referente ao prêmio por desempenho fiscal, fazendo incluir no cômputo do teto, indevidamente, parcelas de nítido caráter pessoal (gratificação por tempo de serviço, gratificação de representação de inativos e/ou vantagem pessoal).

Relatam os impetrantes que quando em atividade eram lotados na Secretaria Estadual da Fazenda – SEFAZ e que o afastamento deles do serviço público é anterior ao ano de 1998, quando já atendiam às condições de aposentadoria.

Afirmam que vêm sofrendo subtrações remuneratórias de seus proventos, referente à uma parcela intitulada como "Rem Máxima" e no pagamento do prêmio por desempenho fiscal.

Asseveram que as autoridades impetradas não pagam o valor integral do prêmio por desempenho fiscal, pagando apenas a quantia correspondente à diferença complementar entre o que os demandantes recebem e o valor do teto.

Aduzem que o critério utilizado pelas autoridades impetradas para a elaboração do cálculo e aplicação do subteto de remuneração dos demandantes desrespeita frontalmente as situações jurídicas já consolidadas em favor dos autores.

Requerem, assim, a concessão da segurança requestada, para que seja ordenado às autoridade coatoras que, quando do cômputo do teto remuneratório, sejam excluídas as parcelas de natureza pessoal, a saber: gratificação por tempo de serviço (código 0108), vantagem pessoal (código 0132) e/ou gratificação de representação incorporada (código 071), postulando-se ainda o pagamento de valores devidos a partir da impetração do *Mandamus*.

Em pleito sucessivo, requerem que seja assegurado o direito de continuarem recebendo os valores integrais de seus proventos e/ou pensões, até quando suas respectivas remunerações pagas de forma integral sejam alcançadas pelo valor do subteto estadual.

A eminente Desembargadora Gizela Nunes da Costa, na decisão de fls. 164, denegou a liminar pleiteada, face a proibição legal.

O Secretário de Administração do Estado do Ceara e Secretário da Fazenda do Estado do Ceará apresentaram as informações às fls. 168/180, em que pugnaram pela denegação da segurança pleiteada.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de fls. 186/197, manifestou-se pela concessão da segurança pleiteada, para que seja assegurado aos impetrantes a percepção integral de seus proventos, com todas as vantagens, inclusive de caráter pessoal, até o limite do maior teto do funcionalismo estadual.

É o relatório.

VOTO

Ab initio, cumpre registrar que o Mandado de Segurança em tela reúne todas as condições para julgamento, conforme os ditames da lei nº 12.016/2009.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por servidores públicos estaduais aposentados contra ato ilegal e abusivo reputado ao Secretário de Administração do Estado do Ceará e ao Secretário da Fazenda do Estado do Ceará concernente na redução dos proventos de aposentadoria daqueles, por meio da instituição de desconto remuneratório evidenciado pela inclusão das vantagens de gratificação por tempo de serviço, vantagem pessoal e gratificação incorporada no cálculo do teto remuneratório, assim como pelo não pagamento integral do Prêmio por Desempenho Fiscal.

A controvérsia em análise cinge-se, em síntese, em verificar se as vantagens pessoais dos aludidos servidores públicos, aposentados desde antes da vigência da Emenda Constitucional nº 19/1998, devem se submeter ao teto constitucional do Poder Executivo Estadual.

Com efeito, antes de analisar o caso em testilha, faz- mister tecermos algumas considerações acerca das alterações no texto constitucional sobre as remunerações dos servidores públicos, notadamente no que tange à Emenda Constitucional n° 41/2003.

A EC n° 19/1998, na qual foi implementada a Reforma Administrativa do Estado Brasileiro, introduziu diversas mudanças para os servidores públicos, dentre estas destaca-se a modificação no Regime de Remuneração.

Dentre as mudanças no Regime de Remuneração dos servidores públicos, passou-se a prever, no art. 37, inciso XI, que ninguém poderá receber mais, em espécie, do que recebem os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Salienta-se, por oportuno, que os vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, após as modificações introduzidas pela Emenda nº 19/98, passaram a ser chamados de subsídios.

> "Art. 37, inciso 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 e 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".

Nesse esteio, com a EC 19/98, foi instituído um teto de remuneração único para os três poderes, estabelecendo-se o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal como o limite máximo para remuneração de qualquer agente público.

O aludido dispositivo, entretanto, não foi aplicado de imediato, eis que o Supremo Tribunal Federal, ao discutir acerca da aplicabilidade do retro dispositivo, decidiu que se tratava de norma de eficácia limitada e que, portanto, apenas poderia ser aplicada com a edição de lei fixando o valor da remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Faz-se imperioso transcrever o referido julgado, *in verbis*:

> "DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MILITAR. EX-COMBATENTE. TETO REMUNERATÓRIO NÃO AUTO-APLICÁVEL. MATÉRIA DE ORDEM INFRACONSTITUCIONAL.

> 1. A questão tratada nos autos diz respeito à aplicação das Leis 4.297/63 e 5.698/71 e Decreto 2.172/97 sendo de índole infraconstitucional, não autorizando a apreciação por esta Corte. **2. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o art. 37, XI, da Carta Magna, com a redação dada pela EC 19/98, na parte que trata do teto remuneratório, não é auto-aplicável.** 3. Agravo regimental improvido." (RE 436944 AgR, Relator(a):Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 31/03/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 EMENT VOL-02357-05 PP-00936).

Ocorre que, além do aludido dispositivo não ter sido aplicado de forma imediata, posto que passou a depender de lei posterior que o regulamentasse, a dificuldade para elaboração desta passou a ser outro ponto a dificultar a aplicabilidade do teto remuneratório, eis que o art. 48, inciso XV da CF, exigia lei de iniciativa conjunta dos quatros presidentes (Presidente da República, Presidente do Senado Federal, Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente do Supremo Tribunal Federal) para fixação do valor da remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Logo, o reconhecimento do art. 37, inciso XI como norma de eficácia limitada e a ausência de norma regulamentando o aludido preceito constitucional tornou este ineficaz. Assim, o teto remuneratório, embora previsto na Constituição Federal com a EC 19/1998, não passou a ser aplicado de imediato e permaneceu inoperante durante muitos anos.

Posteriormente, foi introduzida a EC n° 41/2003, na qual, além de ter alterado novamente o art. 37, XI, alterou o art. 48, XV, que tratava da iniciativa conjunta para elaboração da lei que definia a remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

> "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 li-mite, 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;"
>
> "Art. 48, XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I."

Desse modo, a partir de tal Emenda Constitucional, a remuneração e o subsídio dos servidores públicos, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderiam exceder ao subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Ademais, passou-se a prever os subtetos ou tetos específicos a serem respeitados por cada Ente Estatal. A iniciativa para a fixação de projeto de lei fixando os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, passou a ser do próprio Supremo Tribunal Federal.

Os aludidos dispositivos, no entanto, diferentemente do que ocorreu com a EC 19/98, passaram a ser aplicados de modo imediato, em conformidade com os arts. 8 e 9 da EC 41/2003.

No caso em tela, a aposentadoria dos impetrantes, servidores públicos estaduais aposentados, lotados quando em atividade na Secretaria Estadual da Fazenda – SEFAZ, deve ser fixada de modo a não ultrapassar o subsídio mensal do Governador do Estado, posto ser este o subteto para os servidores do Executivo Estadual, conforme delineia a Constituição Federal.

Compulsando os presentes fólios processuais, vê-se que as subtrações remuneratórias nos proventos dos impetrantes, referentes à inclusão da parcela REM MÁXIMA e do não pagamento integral do PRD (prêmio por desempenho fiscal), apenas ocorreram por conta da limitação imposta pela EC n° 41/2003, ou seja, em obediência à Constituição Federal.

A própria Emenda Constitucional, em seu art. 9º, determinou que as remunerações em desacordo com a Constituição Federal fossem desde logo reduzidas, sem que se pudesse invocar direito adquirido.

No que se refere às vantagens de caráter pessoal, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já assentaram entendimento de que aquelas estão excluídas do teto remuneratório em período anterior a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41, senão vejamos:

"AGRAVO REGIMENTAL. TETO REMUNERATÓRIO. **VANTAGENS PESSOAIS. PERÍODO ANTERIOR À EC 41/03. EXCLUSÃO DAS VANTAGENS PESSOAIS.** POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PERÍODO POSTERIOR À REFERIDA EMENDA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ENUNCIADOS 282 E 356 DA SÚMULA/ STF. Agravo regimental a que se nega provimento."
(STF - RE: 579059 AM , Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 18/10/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-211 DIVULG 04-11-2011 PUBLIC 07-11-2011 EMENT VOL-02620-01 PP-00069).

"RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. TETO REMUNERATÓRIO. NÃO APLICAÇÃO SOBRE AS VANTAGENS PESSOAIS. PERÍODO ANTERIOR À EC 41/2003. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. GRATIFICAÇÃO DE INCENTIVO: NATUREZA PESSOAL. EXCLUSÃO DO TETO REMUNERATÓRIO.
1. No que se refere ao período anterior à Emenda Constitucional nº 41/2003, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça pacificou-se no sentido de que as vantagens de caráter pessoal não estão sujeitas ao teto remuneratório previsto no artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal ou em lei estadual ou municipal que estabeleça subteto de vencimento dos servidores locais.
2. A gratificação de incentivo paga aos professores do Estado do Paraná tem natureza pessoal, haja vista que a lei estadual que a instituiu expressamente se refere à obtenção de títulos de especialização, mestrado, doutorado e livre-docência. Dessa forma, por certo, têm direito ao recebimento tão-somente aqueles que detêm os aludidos títulos. Não se trata, pois, de uma verba concedida indistintamente a todos os docentes, de modo que o simples exercício do cargo efetivo não possibilita a percepção dessa parcela, devendo o servidor, para tanto, satisfazer as condições impostas na lei de regência. 3. Recurso ordinário provido. Exclusão da incidência do teto remuneratório sobre a gratificação de regência desde a data da impetração até o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003."
(STJ - RMS: 14778 PR 2002/0055993-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 21/08/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/09/2008).

"EMBARGOS DECLARATÓRIOS CONVERTIDOS EM AGRAVO REGIMENTAL. **TETO REMUNERATÓRIO. VANTAGENS PESSOAIS. PERÍODO ANTERIOR À EC 41/03. EXCLUSÃO DAS VANTAGENS PESSOAIS.** POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. Agravo regimental a que se nega provimento."
(STF - RE: 258629 SP , Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 08/11/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 30-11-2011 PUBLIC 01-12-2011)

No pretenso caso, todavia, os impetrantes requerem a exclusão de vantagens pessoais do cômputo do teto remuneratório em momento posterior a edição da EC nº 41, que expressamente incluiu as aludidas vantagens pessoais ao limite do teto remuneratória.

Com efeito, cumpre destacar que o Superior Tribunal de Justiça, de maneira majoritária, vem adotando o entendimento de que não há direito adquirido ao recebimento de remuneração, proventos ou pensão acima do teto remuneratório previsto através da Emenda Constitucional nº 41/2003 e que as vantagens pessoais devem ser incluídas no redutor do teto remuneratório, *in verbis* (destaquei):

> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃOS PARADIGMAS PROFERIDOS EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA E RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INADMISSIBILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. VANTAGENS PESSOAIS. TETO CONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA. SÚMULA 168/STJ. APLICAÇÃO.
> 1. Não são cabíveis os embargos de divergência quando os acórdãos paradigmas são oriundos de mandado de segurança e recurso em mandado de segurança, tendo em vista que tais ações não possuem o mesmo objeto, natureza e extensão material do recurso especial.
> **2. As Turmas que compõem a Terceira Seção firmaram o entendimento de que as vantagens pessoais devem ser incluídas no cálculo do teto remuneratório, nos termos do art. 37, XI, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC n. 41/2003, norma autoaplicável, de eficácia plena e de incidência imediata e gera**l.
> 3. Incidência à espécie da orientação fixada pela Súmula 168/STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (AgRg nos EREsp 1146126/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 05/08/2013).

> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. INCLUSÃO DAS VANTAGENS PESSOAIS NO CÁLCULO DO TETO REMUNERATÓRIO A PARTIR DA EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/03. EMBARGOS ACOLHIDOS.
> 1. As vantagens de caráter pessoal estão excluídas do teto remuneratório estabelecido pela EC n. 19/98. Com a edição da EC n 41/2003, a qual

promoveu nova alteração no art. 37, XI, da Constituição Federal, houve a inserção, no cálculo do teto remuneratório, das verbas individuais.
2. "**Este Tribunal, seguindo a compreensão firmada pelo Pretório Excelso, consolidou o entendimento de que não há direito adquirido ao recebimento da remuneração, proventos ou pensão acima do teto remuneratório estabelecido pela EC n. 41/2003, nem ato jurídico perfeito que se sobreponha ao referido teto, não preponderando a garantia da irredutibilidade de vencimentos diante da nova ordem constitucional".** (AgRg no RMS 30.277/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 10/12/2012).
3. **A partir, pois, de 19/12/2003, data da promulgação da EC n. 41/03, as vantagens pessoais, de qualquer espécie, devem ser incluídas no redutor do teto remuneratório, conforme entendimento pacífico do STF e deste STJ.**
4. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes."
(EDcl nos EDcl no RMS 11.975/PR, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 13/06/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. VANTAGENS DE NATUREZA PESSOAL. INCORPORAÇÃO. TETO CONSTITUCIONAL. EC N. 41/2003. INCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.
1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada.
2. **Este Tribunal, seguindo a compreensão firmada pelo Pretório Excelso, consolidou o entendimento de que não há direito adquirido ao recebimento da remuneração, proventos ou pensão acima do teto remuneratório estabelecido pela EC n. 41/2003, nem ato jurídico perfeito que se sobreponha ao referido teto, não preponderando a garantia da irredutibilidade de vencimentos diante da nova ordem constitucional.**
3. **As vantagens pessoais devem ser incluídas no cálculo do teto remuneratório, nos termos do art. 37, XI, da Constituição Federal, com redação dada pela EC n. 41/2003, norma autoaplicável, de eficácia plena e de incidência imediata e geral.**
4. Agravo regimental improvido."
(AgRg no RMS 30.277/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 10/12/2012).

Depreende-se, assim, que, após o advento da Emenda Constitucional de 41/2003, as vantagens pessoais passaram a ser incluídas no teto remuneratório, não sendo mais possível a manutenção de tais verbas fora do cômputo do limite constitucional.

Ora, as vantagens pessoais dos impetrantes apenas foram incluídas no cálculo do teto remuneratório em obediência ao estabelecido na EC 41/2003. Observa-se, assim, que os descontos nos proventos dos impetrantes, referentes à inclusão da parcela REM MÁXIMA e do não pagamento integral do PRD (prêmio por desempenho fiscal), apenas se concretizaram para cumprimento da determinação constitucional.

Esta Corte de Justiça, inclusive, por meio de julgamentos no Pleno, já se manifestou em duas oportunidades em casos idênticos ao ora em exame, entendendo que, após a Emenda Constitucional nº 41/2003, não só as vantagens pessoais como qualquer espécie remuneratória deve se submeter ao teto remuneratório previsto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, *in verbis* (destaquei):

> "DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DESCONTOS EFETIVADOS ATRAVÉS DE PAGAMENTO A MENOR DO PRÊMIO POR DESEMPENHO FUNCIONAL (PDF) E DA SUBMISSÃO DE VANTAGENS PESSOAIS E DE PARCELAS INDENIZATÓRIAS AO TETO REMUNERATÓRIO DOS SERVIDORES ESTADUAIS. ILEGALIDADES NÃO CARACTERIZADAS. REDUÇÃO OCORRIDA POSTERIORMENTE À EDIÇÃO DA EC Nº 41/2003. IMPOSSIBILIDADE DE SE EVITAR A SUBMISSÃO DOS PROVENTOS AO TETO REMUNERATÓRIO, DEVENDO-SE RESPEITAR AS NORMAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À ESPÉCIE. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. Pretensão mandamental consubstanciada na exclusão, do cálculo do seu teto de remuneração, das verbas denominadas Gratificação por Tempo de Serviço - Código 0108 - Vantagem Pessoal - Código 0132 - e/ou Gratificação de Representação Incorporada - Código 0171, bem como na inclusão da integralidade do Prêmio por Desempenho Funcional (PDF) aos seus proventos, até que sejam alcançados pelo valor do sub-teto constitucional estadual. 2. Consoante o princípio da actio nata, o surgimento da pretensão do autor ocorre no momento da supressão da vantagem. Em se tratando de ato que acarrete, tão somente, a redução de proventos, porquanto se cuidar de ato sucessivo, o prazo decadencial se renova mês a mês. Precedentes do STJ; 3. Dispõe o artigo 37, inciso XI da Constituição Federal, com as alterações introduzidas pela EC nº 41/2003, que se aplica o subsídio mensal do Governador como limite máximo de remuneração dos servidores públicos do Poder Executivo Estadual, restando, pois, a impossibilidade da percepção da gratificação denominada Prêmio de Desempenho Fiscal - PDF - para além do limite remuneratório ao caso sob julgamento; **4. O congelamento dos proventos, de modo a se conferir, aos impetrantes, imunidade ao abate-teto, contraria a literalidade das normas constitucionais aplicáveis na espécie, incabível, pois, a sua aplicação.**

5. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento segundo o qual, se a controvérsia diz respeito a período anterior à Emenda Constitucional n. 41/2003, as vantagens pessoais devem ser excluídas do teto remuneratório previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição da República. Contudo, caso se refira a período posterior ao da entrada em vigor da citada Emenda, não só as vantagens pessoais, como qualquer espécie remuneratória deve se submeter ao teto respectivo fixado na Constituição Federal. 6. Em que pese à aplicação do § 11 do art. 37 da Lex Fundamentalis, há de ser ponderado que as parcelas vencimentais objeto da redução não possuem, em verdade, natureza indenizatória, tratando-se de simples adicionais genérico atribuído a todos os servidores, independentemente da função desempenhada. 7. Na jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça, "[...] adicional por tempo de serviço, por certo, não se inclui entre as vantagens de natureza indenizatória, cuidando-se, sim, de acréscimo pecuniário pelo reconhecimento da experiência e do serviço prestado pelo servidor, vale dizer, pro labore facto"
(RMS 24.565/DF, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO) 8. Segurança denegada. (Mandado de Segurança 1772638200680600000, Relator Francisco Sales Neto, Comarca Fortaleza, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Data de registro: 09/06/2011).

"MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LIMITE REMUNERATÓRIO ESTABELECIDO PELA CARTA MAGNA (ART. 37, INCISO XI, DA CF/88). SERVIDORES PÚBLICOS APOSENTADOS DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ - SEFAZ. PRELIMINAR. DECADÊNCIA. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PREJUDICIAL NÃO ACOLHIDA. MÉRITO. INSURGÊNCIA EM FACE DA INCIDÊNCIA DO TETO CONSTITUCIONAL NOS PROVENTOS DOS IMPETRANTES. EXTRATOS DE PAGAMENTO DOS MESES DE OUTUBRO, NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2007. REDUÇÕES REALIZADAS POR MEIO DA RUBRICA "REM. MÁXIMA", DESCONTOS EFETIVADOS ATRAVÉS DE PAGAMENTO A MENOR DO PRÊMIO POR DESEMPENHO FUNCIONAL (PDF) E INCLUSÃO INDEVIDA DE VANTAGENS PESSOAIS E DE PARCELAS INDENIZATÓRIAS NOS CÁLCULOS DO TETO. ILEGALIDADES NÃO CARACTERIZADAS. ORDEM DENEGADA.
1. A prejudicial de decadência trazida pelas autoridades impetradas não merece acolhida. Isto porque a jurisprudência pacificou o entendimento quanto à possibilidade da impetração mesmo já decorridos os 120 (cento e vinte) dias, quando o ato tido por ilegal for de trato sucessivo. É assim considerado o ato que acarreta mera redução de vencimentos/benefícios do servidor, uma vez que a redução repete-se a cada mês que o servidor deveria receber o suposto valor devido e não o recebe. Em contrapartida, nos casos em que há supressão de vantagem pecuniária, a jurisprudência

considera ato de efeitos concretos, não se reabrindo o prazo decadencial. In casu, tendo em vista que os impetrantes não se insurgem contra o ato de aposentadoria em si e nem contra supressão de benefícios, mas em face da redução mensal de seus proventos para fins de adequação ao teto, é assente o entendimento de que o prazo renova-se mês a mês. 2. No mérito, tem-se da inicial que nos casos em que os impetrantes são beneficiários do Prêmio por Desempenho Fiscal (PDF) estaria sendo deduzido diretamente deste prêmio os valores que ultrapassassem o teto, ou seja, a despeito de não vir consignado explicitamente nos extratos de pagamento o quantum retirado, os impetrantes receberiam valores inferiores a título de PDF, para que seus proventos se adequassem ao redutor constitucional. Em análise da primeira questão de mérito, vejo que a documentação acostada aos fólios não traz nenhuma comprovação do alegado, ou seja, não há nos autos qualquer parâmetro por meio do qual se possa concluir pela subtração indevida no pagamento. 3. **Os impetrantes, que tem o desconto intitulado REM MÁX em seus contra-cheques, aduzem que o ato administrativo combatido afronta o direito adquirido e o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Entretanto, esta argumentação não há que prosperar, porquanto é entendimento pacífico dos Tribunais Superiores no sentido de que, independentemente da época em que se deu a aposentadoria, a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003, todos os vencimentos percebidos por servidores públicos, inclusive os proventos, estão sujeitos aos limites estatuídos no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal. 4. No que se refere à inclusão de vantagens de natureza pessoal no cômputo do teto de todos os impetrantes, não há que falar em ilegalidade ou abuso de poder quanto a estes descontos, haja vista que a inclusão das vantagens pecuniárias no cômputo do cálculo do teto só se tornaria ilegal caso o desconto ocorresse em período anterior ao advento da EC nº 41/2003, o que não é o caso dos autos.** 5. Também não merece acolhida a alegação de que estariam sendo reduzidas dos proventos dos requerentes parcelas de caráter indenizatório. É que, diferentemente do defendido, o adicional por tempo de serviço não tem natureza jurídica de verba indenizatória, mas, sim, de vantagem pecuniária. 6. ORDEM DENEGADA.
(Mandado de Segurança 1064822200880600000, Relatora Maria Estela Aragão Brilhante, Comarca Fortaleza, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Data de registro: 04/02/2011).

Acerca do *"prêmio por desempenho fiscal",* cumpre asseverar que este foi instituído pela Fazenda Pública através da Lei 13.439/2004 como forma de estimular a produtividade dos servidores. Ademais, registre-se que este não possui caráter pessoal, eis que os critérios utilizados para seu pagamento levam em consideração o aumento da arrecadação tributária anual, não se vinculando aos atributos pessoais do servidor público.

Com efeito, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal já assentou entendimento de que os prêmios de produtividade não possuem natureza pessoal e que devem ser utilizados para o cômputo do teto remuneratório instituído aos servidores públicos, *in verbis:*

> "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDORES PÚBLICOS APOSENTADOS. TETO DE VENCIMENTOS. VANTAGENS PESSOAIS. PRECEDENTES.
> 1. A decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que entende que as vantagens decorrentes de prêmio de produtividade não possuem natureza pessoal. 2. O Estado pode fixar teto remuneratório próprio, inclusive inferior ao previsto no art. 37, XI da Carta Magna, pois, inexiste direito adquirido a regime jurídico. Precedentes. 3. Orientação assentada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 228.080/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.08.98. 4. Agravo regimental improvido.
> (RE 524494 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 24/03/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 EMENT VOL-02357-06 PP-01223 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 202- 205).

Vê-se, assim, que o pagamento a menor do "prêmio por desempenho fiscal" é plenamente possível, eis que visa adequar os proventos dos impetrantes ao limite estabelecido no inciso XI, do art. 37 da Constituição Federal.

Por fim, cumpre registrar que, conforme entendimento assentado pelos Tribunais Superiores, não há que se falar em direito adquirido à irredutibilidade de vencimentos no caso da remuneração do servidor ultrapassar o teto remuneratório implantado com a EC 41/2003, senão vejamos:

> "RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. TETO REMUNERATÓRIO. EMENDA Nº 41/2003. AUTO-APLICABILIDADE. PRECEDENTES. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. VANTAGEM PESSOAL. INCLUSÃO.
> **1. Inexiste direito adquirido à irredutibilidade de vencimentos, se a remuneração do Servidor ou pensão ultrapassa o teto remuneratório, implementado em conformidade com a regra contida na EC 41/03, corroborado pelo art. 17 do ADCT, em consonância com a Constituição Federal.**
> 2. As vantagens pessoais passaram a integrar o montante da remuneração para os fins do cálculo do teto constitucional, conforme o art. 8º da EC 41/03.

> 3. Recurso ordinário não provido.
> (RMS 33376/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 13/04/2011).
>
> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. INCLUSÃO DAS VANTAGENS PESSOAIS NO CÁLCULO DO TETO REMUNERATÓRIO A PARTIR DA EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/03. EMBARGOS ACOLHIDOS.
> 1. As vantagens de caráter pessoal estão excluídas do teto remuneratório estabelecido pela EC n. 19/98. Com a edição da EC n 41/2003, a qual promoveu nova alteração no art. 37, XI, da Constituição Federal, houve a inserção, no cálculo do teto remuneratório, das verbas individuais.
> 2. "**Este Tribunal, seguindo a compreensão firmada pelo Pretório Excelso, consolidou o entendimento de que não há direito adquirido ao recebimento da remuneração, proventos ou pensão acima do teto remuneratório estabelecido pela EC n. 41/2003, nem ato jurídico perfeito que se sobreponha ao referido**
> **teto, não preponderando a garantia da irredutibilidade de vencimentos diante da nova ordem constitucional".** (AgRg no RMS 30.277/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 10/12/2012).
> 3. A partir, pois, de 19/12/2003, data da promulgação da EC n. 41/03, as vantagens pessoais, de qualquer espécie, devem ser incluídas no redutor do teto remuneratório, conforme entendimento pacífico do STF e deste STJ.
> 4. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes.
> (EDcl nos EDcl no RMS 11.975/PR, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 13/06/2013).

Ademais, não se pode olvidar que já é entendimento pacífico nos Tribunais Superior de que *"servidor público não possui direito adquirido a regime jurídico, tampouco a regime de vencimentos ou de proventos, sendo possível à Administração promover alterações na composição remuneratória e nos critérios de cálculo, como extinguir, reduzir ou criar vantagens ou gratificações, instituindo o subsídio, desde que não haja diminuição no valor nominal percebido, em respeito ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos."*[1]

1 "AgRg no RMS 43.259/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 09/12/2013."

Com fulcro nas razões acima esposadas e em consonância com a jurisprudência deste Sodalício, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, denego a segurança, devendo os proventos dos impetrantes obedecer ao limite constitucional estabelecido com a Emenda Constitucional de 41/2003. Outrossim, as custas processais devem ser pagas pelos impetrantes. Sem honorários, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

É como voto.

Fortaleza, 20 de março de 2014.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0026892-50.2013.8.06.0000
IMPETRANTE: MARIA NOEMIA DE SOUSA FROTA
IMPETRADO: SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. INACIO CORTEZ DE ALENCAR

DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA REJEITADA. CONSTATADA, NO MÉRITO, A NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO DA IMPETRANTE EM UNIDADE SEMI-INTENSIVA DE REDE HOSPITALAR PÚBLICA ESTADUAL (PORTADORA DE DOENÇA GRAVE). DEVER DO ESTADO DO CEARÁ. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO EM VIRTUDE DA OMISSÃO ESTATAL. EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INAPLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL EM FACE DO DESCUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. SEGURANÇA CONCEDIDA.

I. *In casu*, a ora impetrante, idosa, acometida de pneumonia e pobre na forma da lei, conforme documentos acostados, impetrou o presente Mandado de Segurança visando a disponibilização, por meio da autoridade coatora, de leito na Unidade Semi-Intensiva da Rede Hospitalar Pública. Constata-se, pois, que o motivo da impetração do Mandado de Segurança em tela é conseguir o aludido leito, uma vez que a impetrante não possui condições financeiras de arcar com os custos de um leito em hospital particular.

II. Desde logo, verifica-se que não merece acolhimento tal alegativa referente à inadequação da via eleita, porquanto, conforme se depreende pelos documentos anexados ao *Mandamus*, notadamente pelo atestado médico, resta demonstrado o grave estado de saúde da impetrante, bem como a necessidade desta ser internada em leito em Unidade

Semi-intensiva na Rede Hospitalar Pública. Não há, pois, necessidade de dilação probatória no caso em tela, posto que todos os documentos necessários ao deslinde do presente *Mandamus* foram juntados na exordial.

III. No mérito, o Estado do Ceará invocou a aplicação da cláusula da "reserva do possível" ao caso em tela, sustentando a impossibilidade de o Poder Judiciário exigir do Estado, ante a sua insuficiência de recursos financeiros, o fornecimento dos medicamentos e insumos perquiridos. Não se pode olvidar, entrementes, que a prefalada diretriz da "reserva do possível" precisa ser analisada em conjunto e sopesamento com o núcleo constitucional consubstanciador do "mínimo existencial", no qual estão inseridos, dentre outros, o direito à saúde e o direito à vida - garantias fundamentais que devem ser asseguradas pela impetrada através da internação no leito em hospital público.

VI. Com efeito, o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível e deve ser assegurada à generalidade dos cidadãos, cabendo, portanto, ao impetrado assegurar, através da internação da impetrante, o direito à vida, permitindo aliviar o sofrimento e a dor de moléstia ou enfermidade sem controle, garantindo ao cidadão o direito à sobrevivência. Ora, a internação da impetrante é a única alternativa capaz de melhorar as condições de saúde desta, conforme demonstrado nos autos. Assim, a negativa de tal internação por parte do Estado do Ceará representa verdadeira afronta a fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, o qual encontra-se elencado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal

V. Liminar confirmada, segurança CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de sessão, por unanimidade de votos, em **JULGAR PROCEDENTE** o presente Mandado de Segurança, nos termos do voto proferido pelo Relator.

Fortaleza, 3 de abril de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Maria Noemia de Souza Frota em face de ato omissivo atribuído ao Exmo. Sr. Secretário de Saúde do Estado do Ceará, traduzido na não disponibilização de uma vaga em leito de Unidade Semi-Intensiva da Rede Hospitalar Pública.

A impetrante relata que possui 73 (setenta e três) anos e que se encontrava internada em unidade de terapia intensiva no Hospital Antônio Prudente até 26 de fevereiro de 2013, data em que recebeu alta. Ocorre que, posteriormente, foi emitido atestado médico pelo cardiologista Dr. Rivanildo de Araújo, em que este recomendava sua ida para alguma unidade semi-intensiva.

Assim, requeria a concessão da liminar para que o Secretário do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza disponibilizassem um leito de Unidade semi-intensiva da Rede Hospitalar Pública.

O Desembargador Ademar Mendes Bezerra, na decisão interlocutória de fls. 18/24, indeferiu a inicial apenas em relação ao Secretário de Saúde do Município de Fortaleza, concedendo a liminar apenas em relação ao segundo impetrado, qual seja, o Secretário de Saúde do Estado do Ceará, determinando que este disponibilize uma vaga em unidade semi-intensiva da rede hospitalar estadual.

Contra a referida liminar, foi interposto Agravo Regimental, tendo sido este, todavia, julgado improvido pelo Órgão Especial desta Corte de Justiça.

O Estado do Ceará, na contestação de fls. 35/45, alega, preliminarmente, a inadequação da via eleita, por conta da necessidade de dilação probatória. Ademais, alega ser necessária a submissão a médico do SUS e a não comprovação da necessidade do tratamento requerido.

Outrossim, sustenta que os recursos públicos são finitos e que devem ser alocados de acordo com a necessidade, sendo esta determinada por profissionais devidamente capacitados, integrantes do corpo médico do Sistema único de Saúde.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de fls. 57/62, opinou pela concessão da segurança, com a confirmação da liminar deferida.

Eis o relatório.

VOTO

In casu, a ora impetrante, idosa, acometida de pneumonia e pobre na forma da lei, conforme documentos acostados, impetrou o presente Mandado de Segurança visando a disponibilização, por meio da autoridade coatora, de leito na Unidade Semi-Intensiva da Rede Hospitalar Pública.

Compulsando os presentes fólios processuais, vê-se, por meio do documento de fls. 13, subscrito pelo médico cardiologista do Hospital Antônio Prudente, Dr. Rivanildo de Araújo, que a impetrante, senhora de 74 (setenta e quatro) anos, é portadora de doença pulmonar obstrutiva crônica, necessitando, pois, de leito em Unidade Semi-intensiva na Rede Hospitalar Pública.

O motivo da impetração do aludido Mandado de Segurança é conseguir o aludido leio, uma vez que a impetrante não possui condições financeiras de arcar com os custos de um leito em hospital particular.

Ab initio, sustenta o Estado do Ceará a inadequação da via eleita, por ausência de direito líquido e certo.

Desde logo, verifica-se que não merece acolhimento tal alegativa referente a inadequação da via eleita, porquanto, conforme se depreende pelos documentos anexados ao *Madamus,* notadamente pelo atestado médico*,* resta demonstrado o grave estado de saúde da impetrante, bem como a necessidade desta ser internada em leito em Unidade Semi-intensiva na Rede Hospitalar Pública.

Não há, pois, necessidade de dilação probatória no caso em tela, posto que todos os documentos necessários ao deslinde do presente *Mandamus* foram juntados na exordial.

Nesse sentido, cumpre transcrever os seguintes precedentes:

> "MANDADO DE SEGURANÇA PRELIMINAR DE EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO E DE ILEGITIMIDADE DA PARTE – REJEITADAS – FORNECIMENTO DE REMÉDIO E TRATAMENTO ADEQUADO AO CIDADÃO QUE NECESSITA – OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL- ART 196 – SEGURANÇA CONCEDIDA.
> **Não há falar em inadequação da via eleita, se demonstrado que com a inicial vieram os documentos necessários a comprovação de plano do alegado.** A Constituição Federal estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, aqui se referindo a todos os entes estatais.(...)"
> (MS n. 2010.006020-3, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, j. em 17.05.2010).

> "FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. **MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. Inocorrência. Direito líquido e certo amparado. Preliminar rejeitada. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. Não comprovação da negativa da Administração. Desnecessidade. Inviável exigir esgotamento da via administrativa. Garantia constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição prevista no art. 5º, XXXV, da CF.** Preliminar rejeitada. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE DE PARTE. Invocação pela Fazenda Pública Estadual e Municipal. Obrigação solidária entre os entes federados. Matéria pacificada pelo Enunciado de Direito Público nº 16. Preliminar rejeitada. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANDADO DE SEGURANÇA. Impetrante portadora de transtornos psiquiátricos (ZYPREXA 10 mg). Ausência de padronização que não tem o condão de restringir o direito material tutelado. Indisponibilidade do direito à saúde. Art. 196 da Constituição Federal. Comprovação da hipossuficiência econômica da impetrante. **Receituário médico que basta ao atendimento do pedido. Configurada a responsabilidade do Estado. Inteligência dos arts. 196 e 198 da Constituição Federal, art. 4º da Lei Federal nº 8.080/90 e art. 219 da Constituição Bandeirante. Responsabilidade solidária entre os entes federados.** Política pública que se pressupõe contemplada nas leis orçamentárias. Tutela jurisdicional que não interfere na discricionariedade da Administração Pública. Princípio da Reserva do Possível que não pode se sobrepor aos direitos fundamentais. Precedentes. Recurso oficial e voluntários improvidos."
>
> (TJ-SP - REEX: 14718722010826060 9 SP 0014718-72.2010.8.26.0609, Relator: Claudio Augusto Pedrassi, Data de Julgamento: 30/10/2012, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/11/2012).

Nesse esteio, considerando as razões acima explicitadas, a medida que se impõe, a meu ver, é a rejeição da preliminar de inadequação da via processual eleita.

Ultrapassada tal preliminar, cumpre-nos analisar o mérito do pretenso *mandamus.*

O Estado do Ceará alega, ainda, que é necessária a submissão da impetrante a médico do SUS e que não foi comprovada a a necessidade do tratamento requerido

Ora, a necessidade de submissão de pessoa enferma a médico do SUS para comprovar o direito daquela a leito em hospital pública é totalmente desrazoada, uma vez que submete o direito à saúde e à vida da enferma a critérios objetivos desamparados pela norma constitucional, a qual não estabelece qualquer restrição.

Outrossim, desprezar o atendimento médico realizado por profissional habilitado, nos moldes demonstrados nos autos, desconsiderando a sua prescrição apenas pelo fato desta ter sido realizada durante atendimento em hospital particular, é ignorar não somente o seu profissionalismo e conhecimento especializado, mas também a presunção de veracidade do relatório médico que emitiu, durante o exercício da medicina.

Cumpre, por oportuno, transcrever os seguintes precedentes jurisprudenciais, *in verbis*:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. PACIENTE PORTADORA DE HEPATITE C CRÔNICA. NÃO ACONSELHADO O USO DE OUTROS MEDICAMENTOS QUE NÃO OS SOLICITADOS. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. SEGURANÇA CONCEDIDA.
> **1. O receituário de lavra da médica que acompanha o tratamento de saúde do paciente, ou seja, do profissional habilitado para receitar medicamentos a pessoas enfermas, serve de comprovação da necessidade dos medicamentos solicitados. 2. O Estado tem o dever de fornecer medicamento necessário ao tratamento de saúde de quem não tem condições econômicas para, por conta própria, adquiri-lo.** Precedentes. 3. Comprovado por atestado e relatório médico que a impetrante deve fazer uso dos medicamentos solicitados, sobretudo porque outro medicamento pode ser insatisfatório no seu tratamento, certo é que tem ela direito líquido e certo a que os medicamentos, indicados ao seu tratamento, lhe sejam fornecidos pelo Estado."
> (TJ-PR - MS: 3555215 PR 0355521-5, Relator: Eduardo Sarrão, Data de Julgamento: 28/11/2006, 5ª Câmara Cível em Composição Integral, Data de Publicação: DJ: 7286).

> "MANDADO DE SEGURANÇA - DIABETES -FORNECIMENTO DE INSULINA ULANTUS" -MEDICAMENTO MAIS EFICAZ DO QUE AQUELE QUE CONSTA DA LISTA PADRONIZADA DO SUS - DEVER DO ESTADO - RECURSO VOLUNTÁRIO -ILEGITIMIDADE PASSIVA - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E DA ISONOMIA -INOCORRÊNCIA - EXIGÊNCIA DE PRÉVIA SUBMISSÃO À CONSULTA DE MÉDICO DO SUS - DESNECESSIDADE- REEXAME NECESSÁRIO - DEVER DA PARTE DE APRESENTAR RECEITA MÉDICA ATUALIZADA A CADA SEIS MESES.
> 1. Consoante Enunciado n"16 da Seção de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça, a"ação para fornecimento de medicamentos e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de direito público

> interno ".Assim, o Estado é responsável pela garantia da saúde daquele que não tem condições de provê-la por seus próprios meios. A existência de lista padronizada de medicamentos perante o Ministério da Saúde não inibe o Estado de fornecer medicamento considerado mais eficiente à garantia da saúde da paciente. Ofensa ao princípio da isonomia não caracterizado,diante da peculiaridade do caso concreto. 2. Não há violação ao princípio da separação dos Poderes, quando o Judiciário,livremente provocado pela parte, atua para permitir o pleno exercício de direitos e garantias constitucionais que são obstados por quem deveria, por princípio, fornecer os meios necessários ao seu gozo. **3. A obrigação de fornecimento de medicamento pelo SUS não deve ser condicionado à prévia submissão à consulta por médico da rede pública, bastando,para tanto, a prescrição por profissional habilitado ao tratamento da doença do paciente.** 4. A obrigação de fornecimento do medicamento não pode ser indiscriminada,devendo decorrer da correspondente prescrição médica e da apresentação de receituário atualizado a cada seis meses. RECURSO VOLUNTÁRIO IMPROVIDO E^REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO EM PARTE."
>
> (TJ-SP - REEX: 990101462680 SP , Relator: Francisco Bianco, Data de Julgamento: 22/11/2010, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 08/12/2010).

Seguindo na análise das alegações do Estado do Ceará, em sede de contestação, depreende-se que este invoca a aplicação da cláusula da "reserva do possível" ao caso em tela, sustentando a impossibilidade de o Poder Judiciário exigir do Estado, ante a sua insuficiência de recursos para a dispensação dos medicamentos perquiridos.

Entrementes, é cediço que a prefalada diretriz da "reserva do possível" precisa ser analisada em conjunto e sopesamento com o "mínimo existencial", de sorte que, para o deslinde da causa, faz-se necessário algumas considerações iniciais.

Em primeiro lugar, não se pode olvidar que, dentre as funções institucionais do Poder Judiciário, não se inclui a atribuição de formular e de implementar políticas públicas.

No entanto, as sobreditas incumbências, em situações excepcionais, poderão ser atribuídas ao referido Poder, desde que os órgãos estatais competentes, por sua conduta omissiva, vierem a comprometer a eficácia dos direitos fundamentais esculpidos em nossa Constituição Federal.

Assim, nessa esteira de raciocínio, chega-se a conclusão de que a cláusula da "reserva do possível" não pode ser invocada, pelo ente estatal, com o fito de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, uma vez que

somente após o atendimento ao "mínimo existencial" é que o Poder Público terá ampla discricionariedade para executar outros serviços.

E esse "mínimo existencial", segundo as lições de nossa farta doutrina, representa um universo de prestações materiais que assegurem a cada indivíduo uma vida com padrões qualitativos mínimos, possibilitando, portanto, a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais que deste decorrem.

A Professora Ana Paula de Barcellos, ao discorrer sobre o tema, preceitua que:

> "A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. **Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir.** O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível."
> (A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, p. 245-246, 2002, Renovar)

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 45 MC/DF, assegurou a integridade e intangibilidade do "mínimo existencial", em decisão de relatoria do eminente Min. Celso de Melo, cuja ementa segue abaixo:

> "ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". **NECESSIDADE DE**

> **PRESERVAÇÃO,EMFAVORDOSINDIVÍDUOS,DAINTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL"**. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)."
> (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Melo, julgado em 29/04/2004)

Empós tais elucidações introdutórias, podemos observar que o Estado do Ceará, sob o pretexto de escassez de recursos financeiros, está deixando de assegurar o "mínimo existencial" à parcela de sua população, mormente aos substituídos na presente ação, pois é evidente, no caso em tela, o desrespeito aos direitos fundamentais à vida e à saúde.

Isso porque, conforme se depreende do exame dos autos, a impetrante, por estar acometida por grave doença, necessita de internação em unidade semi-intensiva da rede hospitalar pública estadual. Logo, deve ser concedido o direito pleiteado pela impetrante, em respeito às normas constitucionais, senão vejamos:

> "Art. 5º, *caput* – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes."
>
> "Art. 6º - São direitos sociais a educação, **a saúde**, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."
>
> "Art. 196 - **A saúde é direito de todos e dever do Estado,** garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."
>
> "Art. 197 - **São de relevância pública as ações e serviços de saúde,** cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado."

Procedendo-se a uma interpretação harmônica dos referidos preceitos constitucionais, chega-se à conclusão de que o intuito maior da Carta Magna foi o

de assegurar a todo cidadão, independentemente de sua condição econômica e classe social, o direito à saúde.

Desse modo, o Estado do Ceará tem o dever constitucional de garantir, por meio de políticas sociais e econômicas, ações que possam permitir a todos o acesso à assistência médica e farmacológica.

Cumpre registrar o seguinte precedente do c. Supremo Tribunal Federal coadunando com o entendimento ora esposado, *in verbis* (destaquei):

> "PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - **O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.** O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por

> um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repelido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.
> (STF. RE-AgR 393175 / RS. Rel. Min. CELSO DE MELLO. DJ 02-02-2007 PP-00140)."

Com efeito, o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível e deve ser assegurada à generalidade dos cidadãos, cabendo, portanto, ao impetrado assegurar, através da internação da impetrante, o direito à vida, permitindo aliviar o sofrimento e a dor de moléstia ou enfermidade sem controle, garantindo ao cidadão o direito à sobrevivência.

Ora, a internação da impetrante é a única alternativa capaz de melhorar as condições de saúde desta, conforme demonstrado nos autos. Assim, a negativa de tal internação por parte do Estado do Ceará representa verdadeira afronta a fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, o qual encontra-se elencado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, veja-se:

> "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)
> III - a dignidade da pessoa humana;"

Acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet, com maestria, explana que (grifei):

> "**Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade**, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como **venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável**, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos"
> (Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007)

Em consonância com todos os fundamentos jurídicos acima explicitados, veja-se como tem se posicionado, em casos semelhantes, esta Egrégia Corte de Justiça (grifei):

> "PROCESSO CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO (lato sensu). DEVER CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES E DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. ART. 196 DA CF. NORMA DE APLICABILIDADE IMEDIATA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.
> 1. Decisão que determinou o fornecimento de leite especial (Pragomin) para criança com alergia grave a proteína de leite de origem animal. **2. A saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal direito é corolário da inviolabilidade do direito à vida. Cabe, desta feita, ao Estado, em sentido lato, assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, oferecendo aos que não possam arcar com o seu tratamento os medicamentos necessários (art. 196, CF).** 3. Presentes os requisitos necessários à concessão de tutela antecipada, nos termos do art. 273 do CPC. Precedentes. A satisfatividade da medida, por si só, não impede a concessão da antecipação da tutela, havendo aparente colisão entre o direito à vida do autor acometido de doença grave e o prejuízo aos cofres públicos, deve o magistrado optar pelo resguardo do primeiro (caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988). 4. Agravo de Instrumento conhecido, porém improvido."

(Agravo de Instrumento 3213429200980600000, Relator Paulo Francisco Banhos Ponte, Comarca de Fortaleza, Órgão julgador: 1ª Câmara Cível, Data de registro: 10/10/2012).

"AGRAVO REGIMENTAL/INOMINADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PREVENÇÃO DE MALES DECORRENTES DE GESTAÇÃO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE ASSEGURADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL** (ARTS. 6º E 196). SISTEMA UNICO DE SAÚDE - LEI Nº‹ 8.080/90. AGRAVO IMPROVIDO. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NESTA CORTE DE JUSTIÇA.
1. A constituição vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não qualquer tratamento, mas tratamento adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. 2. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, permitindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação(art. 196), sendo o atendimento integral uma diretriz constitucional das ações e serviços de saúde (art. 198), reduzindo o do risco de doenças e de outros agravos, permitindo o acesso universal e igualitário. Recurso improvido."
(Agravo 7251897201080600001, Relator (a) Lincoln Tavares Dantas, Comarca: Fortaleza, Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível, Data de Registro: 07/02/2011).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. PROCESSO CIVIL. COSNTITUCIONAL. TUTELA ANTECIPADA. ADMISSIBILIDADE. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DEVER DO ESTADO. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES ECONÔMICOS DO ESTADO.** ART. 196, DA CF/88. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.
1. A Constituição Federal de 1988 assegura como dever do Estado a promoção de ações destinadas a manter a saúde da população como forma de cumprir e respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida e a saúde, sendo assegurado um tratamento digno e humanitário. Inteligência do art. 196, da CF/88; 2. Diante da configuração dos elementos autorizadores da antecipação da tutela pleiteada, o douto julgador tem o dever de concedê-la; 3. Precedentes desta Corte de Justiça; 4. Decisão mantida; 5. Agravo conhecido e improvido."
(Agravo de Instrumento 2883459200980600000, Relator Desemb. Francisco Lincoln Araújo e Silva, Comarca: Fortaleza, Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível, Data de registro: 04/02/2011).

Nessa esteira, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como em atenção aos direitos fundamentais à vida e à saúde, outra não pode ser a conclusão, em total harmonia com a jurisprudência pátria, senão aquela pela confirmação da liminar outrora concedida e, por conseguinte, a concessão da segurança.

Diante de todo o exposto, **CONCEDO** a segurança pleiteada e, por conseguinte, confirmo a medida liminar anteriormente deferida, devendo o Secretário de Saúde do Estado do Ceará disponibilizar vaga em unidade semi-intensiva da rede hospitalar pública estadual a ora impetrante.

Fortaleza, 3 de abril de 2014.

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime

PROCESSO: 0000433-23.2009.8.06.0106 – APELAÇÃO
APELANTE: CÍCERO CAÇULA DE SOUZA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. CRIME TIPIFICADO NO ART. 14, DA LEI 10.826/2003. RÉU CONDENADO A PENA DE 02 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 10 (DEZ) DIAS-MULTA. TRÂNSITO EM JULGADO PARA ACUSAÇÃO. DECORRÊNCIA DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A QUATRO ANOS ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA (18.11.2009) E A DATA DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA (15.05.2014). INCIDÊNCIA DE PRESCRIÇÃO RETROATIVA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTS. 107, INC. IV; 109, INC. V; 110, § 1º E 114, II, TODOS DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

1. Decorrido prazo prescricional, não há mais interesse estatal na punição do fato delituoso.

2. Uma vez reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, fica prejudicado o exame do mérito da causa, pelo que, deve ser preliminarmente decretada a extinção da punibilidade do agente criminoso.

3. Recurso conhecido para julgar-lhe prejudicado.

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 **JULGAR-LHE PREJUDICADA**, eis que **reconhecida a extinção da punibilidade** pela incidência de prescrição retroativa, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 03 de fevereiro de 2015.

RELATÓRIO

Ao bem lançado relatório da sentença de fls. 356/360, ora adotado e a este incorporado, acrescento que o apelado fora condenado à pena de 02 (dois) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 14, da Lei 10.826/2003.

Da inconformação do Recorrente com o referido *decisum,* é que resultou o recurso de que ora me ocupo, acompanhado de suas razões às fls. 138/143.

Contrarrazões do Ministério Público de 1º grau às fls. 149/155, onde suplica pela manutenção da sentença condenatória. A douta Procuradoria Geral de Justiça, por sua vez, opinou pelo reconhecimento da prescrição (fls. 168/173).

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.

Em seguida, sem adentrar no mérito da pretensão recursal, o que tenho de logo a verificar é que decorreu um espaço de tempo razoável desde o recebimento da denúncia (18.11.2009) e a publicação da sentença condenatória (15.05.2014) – fls. 02 e 136.

Em face do prazo prescricional, neste caso, de 04 (quatro) anos, a teor do que dispõem os arts. 109, inciso V, e 114, inciso II do CPB, e a pena fixada em 02 (dois) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, tenho que operou-se a prescrição retroativa.

Assim, decorrido tal prazo, não há mais interesse estatal na punição do fato delituoso.

Conforme jurisprudência dos Tribunais Pátrios, uma vez reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, fica prejudicado o exame do mérito da causa, pelo que, deve ser preliminarmente decretada a extinção da punibilidade do agente criminoso.

A propósito, trago à colação, a título de ilustração, o julgado assim resumido:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. SÚMULA 146 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PENA EM CONCRETO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Operou-se a prescrição retroativa, visto que transitada em julgado a sentença para a acusação, o prazo prescricional passa a ter como parâmetro a pena concretamente aplicada. Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal. 2. Recurso conhecido, e, preliminarmente, declarada a extinção da pretensão punitiva estatal em decorrência da prescrição retroativa, porquanto entre os marcos interruptivos - a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença - transcorreu lapso temporal de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses. (20060310094509APR, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 01/10/2009, DJ 20/10/2009 p. 163)

ISTO POSTO,

Voto no sentido de que se tome **conhecimento** do recurso para **JULGAR-LHE PREJUDICADO,** eis que reconhecida a extinção da punibilidade do réu **CÍCERO CAÇULA DE SOUZA**, pela ocorrência de prescrição retroativa, nos termos dos arts. 107, inciso IV; 109, inciso V; 110, § 1o, e ainda, art. 114, inciso II, todos do Código Penal.

Fortaleza, 03 de fevereiro de 2015.

PROCESSO: 0000488-80.2006.8.06.0040 - APELAÇÃO
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
APELADO: RAIMUNDO NONATO RODRIGUES BRAGA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PRATICADA EM RAZÃO DO OFÍCIO. GERENTE DE BANCO. EMPRÉSTIMOS A SERVIDORES MUNICIPAIS NÃO EFETIVOS. DÚVIDAS QUANTO AO DOLO OU *ANIMUS REM SIBI HABENDI.* ABSOLVIÇÃO. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. RECURSO IMPROVIDO.

1. Para a caracterização do crime de apropriação indébita não basta a mera retenção da coisa, deve haver o dolo de apropriar-se de coisa alheia móvel de que tem a posse ou detenção.

2. A ausência do *animus "rem sibi habendi"* exclui, subjetivamente, a apropriação indébita.

3. Recurso conhecido, porém 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, CE, 4 de novembro de 2014.

RELATÓRIO

Ao bem lançado relatório da sentença de fls. 435/446, ora adotado e a este incorporado, acrescento que o apelado foi absolvido pelo Juízo de 1º grau, por aplicação do inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal.

Da inconformação do Ministério Público de 1º grau com o referido *decisum,* é que resultou o recurso de que ora me ocupo, acompanhado de suas razões às fls. 450/455.

Contrarrazões de defesa às fls. 460/462.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer esboçado às fls. 474/478, opinou pelo provimento do recurso.

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.

Ao adentrar no exame do mérito, em que pese o inconformismo manifestado pelo Ministério Público em suas razões recursais, tenho que não merece prosperar o apelo.

Com efeito, como corretamente decidido pela r. Sentença atacada, a prova dos autos não se aperfeiçoou no que diz respeito à subsunção do fato à norma penal incriminadora.

Eis o que narra, em resumo, a denúncia (fls. 02/04):

> "(...) Conforme apurado no Inquérito Policial, ora incluso, os indiciados acima qualificados, mediante apropriação indébita deram causa a um desfalque de recursos (cerca de R$ 142.836,00), da agencia bancaria do BEC – BANCO DO ESTADO DO CEARÁ, nesta urbe, na época em que o primeiro qualificado era caixa do banco e o segundo qualificado era o gerente da agencia do BEC de Assaré, em crime continuado durante todo o período em que trabalharam, sendo que tal fato só foi descoberto em 03/01/2005, vide fls. 04 IP, pelo gerente que sucedeu aos réus e pela auditoria interna do Banco à época pertencente ao Estado do Ceará (atualmente repassado ao BRADESCO S/A).
>
> *In casu, o testemunho do gerente que sucedeu aos réus e os testemunhos dos auditores comprovam, outrossim, a existência do crime e que, além disso, os réus tentaram ocultar o desfalque a que deram causa. E mais, segundo o auditor JOSE ANDROCELI SAMPAIO GOMES (fls. 11 IP) ao analisar o Termo de Conferência de Caixas e ATM – conhecido como TCC (fls. 05 IP) - "observa-se a divergência entre os valores contidos nos registros contábeis daquela agência bancária e o valor efetivamente existente em numerários."*
>
> *Os próprios acusados confessam parcialmente o crime em apreço, quando em seus interrogatórios, fls. 13/15, o indiciado JOSÉ COUTINHO SABÓIA disse: "...Afirma que no mês junho do ano de dois mil e quatro passou*

> *a observar que ali naquela agência de Assaré-CE havia uma diferença de numerário, cujo fato foi confirmado pelo então gerente, RAIMUNDO NONATO..." e ainda disse "... O então gerente, SR. RAIMUNDO NONATO, solicitou ao interrogado que nada comunicasse aos superiores pois estava resolvendo o problema..." (grifo nosso) e completando disse "...contratos de empréstimos pelo gerente, os quais já prontos o interrogado também os assinava juntamente com o SR. RAIMUNDO NONATO...", e no depoimento do Senhor RAIMUNDO NONATO RODRIGUES BRAGA (fls. 19/21), este afirma que "...Embora tais empréstimos fossem elaborados pelo estagiário, todos eles eram devidamente assinados pelo interrogado e pelo SR. JOSÉ COUTINHO SABÓIA...".*
>
> *Os réus, ainda, imputam parte da culpa do desfalque a alegada conduta ilícita do ex-prefeito ANTONIO BENJAMIM DE OLIVEIRA FILHO no que atine aos empréstimos com consignação em folha às pessoas que não eram funcionárias públicas, mas que teriam recebido os empréstimos como se fossem, entretanto não foram encontradas no inquérito provas suficientes contra o mesmo, pelo que se reserva, o MP, no direito de aditar a denúncia se houver prova para tanto no decorrer da instrução criminal, até lá o mesmo deve ser ouvido como testemunha. Quiça os réus queiram colaborar com a justiça, nesse sentido, podendo, assim, ter redução de pena.*
>
> *Demais provas, no mesmo sentido da conclusão ora esposada acerca da conduta criminosa dos réus, (...)"*

Pois bem, o recorrido nega a existência de dolo tanto na fase policial como em Juízo. Ao contrário do que afirma o apelante, em meu sentir, não restou provado que o apelado tenha cometido o crime que lhe foi imputado na denúncia.

Conforme apontado na sentença de 1º grau, "(...) *a única cognição meritória possível para os fatos atribuídos aos acusados, é que não há, data venia, como viabilizar sua subsunção ao tipo descrito na inicial, porquanto estabelecido, à desdúvida, que o prejuízo pecuniário acarretado ao Banco BEC, e não se sabe se repassado ao BRADESCO, por absoluta falta de informação* a respeito, decorreu de empréstimos consignados realizados a servidores do Município de Assaré, devidamente autorizados por convênio então firmado entre o BEC e o referido Ente Politico Municipal, mas por falta de adimplemento das prestações devidas por parte dos tomadores dos recursos. Igualmente estabelecido que várias dessas operações foram realizadas de forma irregular, na medida em que diversos devedores, ao contrário do que exigiam as normas do convênio, não eram efetivos, razão pela qual não havia como o Município manter o repasse das prestações depois que tais pessoas eram desligadas do serviço

público. (fls. 441/442).

Acrescentou, ainda o ilustre Magistrado, "*que muito embora tais empréstimos tenham gerado prejuízo ao BEC, tal ocorreu não por mácula nas relações jurídicas obrigacionais então estabelecidas, mas por desídia dos próprios devedores, na medida em que nada obstava continuarem pagando as prestações após seus desligamentos do serviço público municipal. Tais negócios, pois, foram realizados entre pessoas maiores, capazes, cujos objetos eram lícitos, mas que pecavam apenas quanto à forma prescrita pela lei estabelecida entre os contratantes, qual seja, não poderiam ter sido concedidos a servidores não efetivos, mas apenas aos efetivos, como dispunha o convênio paradigma.* (fl. 442).

Pois bem, na linha da **tipicidade conglobante**, a condenação penal pressupõe a tipicidade formal, consistente na adequação perfeita da conduta ao modelo abstrato (tipo) previsto na lei penal; bem como a tipicidade material, consistente na relevância do bem jurídico protegido, a qual é afastada nas hipóteses de crimes de bagatela, em atenção aos postulados da intervenção penal mínima, da fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal.

Portanto, para que se analise a tipicidade material da conduta do réu, é preciso, antes, analisar se há perfeita subsunção do fato à norma penal incriminadora.

Neste sentido, preservado o entendimento do douto representante do Ministério Público, observa-se que não há provas robustas de que a conduta do réu se amolde ao tipo de apropriação indébita, previsto no artigo 168, § 1º, inciso I, do Código Penal, **por ausência de provas seguras do dolo**, tudo a indicar que a concessão dos empréstimos não ultrapassou a fronteira do ilícito civil. Explico.

O núcleo da figura típica descrita no artigo 168, "caput", do Código Penal consiste na conduta de "apropriar-se", de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção, conforme se denota da literalidade do tipo, "*in verbis*":

> Apropriação indébita
> Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:
> Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.
>
> Aumento de pena
> § 1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:
> I - em depósito necessário;
> II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;
> III - em razão de ofício, emprego ou profissão.

O tipo penal em referência não admite a modalidade culposa.

O renomado doutrinador Guilherme de Souza NUCCI ensina que o elemento subjetivo do tipo é o **dolo**:

> Análise do núcleo do tipo: apropriar-se, significa apossar-se ou tomar como sua coisa que pertence a outra pessoa (...). Num primeiro momento, há a confiança do proprietário ou possuidor, entregando algo para a guarda ou uso do agente; no exato momento em que este é chamado a devolver o bem confiado, negando-se, provoca a inversão da posse e a consumação do delito (...).
> Elemento subjetivo: é o dolo (...). A vontade específica de pretender apossar-se de coisa pertencente a outra pessoa, está ínsita no verbo "apropriar-se". Portanto, incidindo o dolo sobre o núcleo do tipo, é isso suficiente para configurar o crime de apropriação indébita. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 790-791) (grifos nossos)

Assim, para a configuração de delito de apropriação indébita é imprescindível que as provas revelem o **dolo** de apropriar-se de coisa alheia móvel a qual detém a posse ou detenção, o que não se verifica no caso em tela, conforme alhures demonstrado.

De fato, não há provas que o acusado tenha obtido alguma vantagem com os empréstimos, não se revelando o **dolo**, razão pela qual se conclui que a conduta não ultrapassou os limites do ilícito civil.

Isto porque, para configuração de eventual delito, envolvendo acerto contratual, é necessário o **dolo**, o engodo, a fraude, sem os quais não se cuida o Direito Penal, em face de sua fragmentariedade: se o problema pode ser solucionado na esfera cível, torna-se despicienda a atuação do Direito Penal. É possível que haja, portanto, um comportamento ilícito, todavia, circunscrito à esfera civil.

Realmente, difícil, às vezes, averiguar se o ilícito civil consiste, também, em ilícito penal. Todavia, um norte deve ser apontado, quando se tratar de apropriação indébita: deve haver o **dolo** de apropriar-se de coisa alheia móvel de que tem a posse ou detenção.

No caso dos autos, e aqui beiro a repetição, as provas não são suficientes e harmônicas entre si quanto **ao dolo** do réu, e meros indícios não podem servir para lastrear o édito condenatório, conforme escólio de Guilherme de Souza Nucci, "in" Código de Processo Penal Comentado, 8ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 689, "in litteris":

> Prova insuficiente para a condenação: é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu – in dubio pro reo. Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição.

Desta feita, diante de dúvidas razoáveis acerca do **dolo** do réu, fragilizando um possível decreto condenatório, é sempre bom lembrar que melhor atende aos interesses da justiça absolver um suposto culpado do que condenar um inocente, impondo-se, no presente caso, a aplicação do brocardo *"in dubio pro reo"*.

Desse modo, correta a absolvição levada a efeito pelo Juízo de 1º grau.

ISTO POSTO,

Voto no sentido de que se tome **conhecimento** do recurso para **negar-lhe provimento.**

É como voto.

Fortaleza, CE, 4 de novembro de 2014.

PROCESSO: 001548-03.2007.8.06.0154 - APELAÇÃO
APELANTE: FRANCISCO DIONEZIO ROCHA DE SOUZA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO PELA DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS À SACIEDADE. EXACERBAÇÃO DA PENA BASE SEM FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Os elementos probatórios imputam ao acusado a autoria e a materialidade do delito, que restou suficientemente demonstradas pelas declarações das vítimas e testemunhas, sendo descabida a pretensão absolutória.

2. A majoração quantitativa da pena acima do mínimo está dentro do poder discricionário do qual o juiz é detentor, desde que dentro dos parâmetros abstratamente fixados pelo legislador para a pena. No caso em comento, ao fixar as penas-base, o Juiz considerou negativamente a circunstância esculpida no art. 59 do CPB, tal como, culpabilidade, portanto não há que se falar em exacerbação de pena.

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, 4 de novembro de 2014.

RELATÓRIO

Francisco Dionézio Rocha de Souza, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público da 2ª Vara Criminal da Comarca de Quixeramobim/Ce, como incurso nas sanções dos arts. 155, § 4°, inciso I, 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. 97/107, que condenou o recorrente no art. 155, § 4º, inciso I, à pena de 03 (três) anos de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime aberto, sendo substituída por duas penas restritivas de direito, tais como prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

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 insuficientes para sua condenação, bem como, pela reforma da sentença para que seja realizado uma nova dosimetria penalógica, por entender que a pena base encontra-se exacerbada.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 123/128, 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 Quixeramobim/Ce, que condenou o recorrente à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime inicialmente aberto, sendo substituída por duas penas restritivas de direito, tais como prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, como incurso na sanção do art. 155, § 4°, inciso I do Código Penal Brasileiro.

Narra a denúncia que, no dia 11 de fevereiro de 2007, por volta de

21h00min, no Bairro " Distrito Industrial", no Município de Quixeramobim, o recorrente supra mencionado, mediante arrombamento, entrou na residência da vítima Geraldo de Souza Lima, localizada na Travessa Geraldo Bizarria, Nº 109, e furtou um televisor de 14 polegadas, da marca SEMP, um aparelho de som PHILCO, um liquidificador, um botijão de gás, um óculos, uma bolsa com várias roupas, bem como a quantia de R$ 42,00 (quarenta e dois reais).

Alega, em suma, o recorrente, que não existem provas suficientes para a sua condenação, pugnando por este motivo por sua absolvição. Pugna, também, pela reforma da sentença para que seja realizado uma nova dosimetria penalógica, por entender que a pena base encontra-se exacerbada.

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 delitivas, que decorrem seguras dos depoimentos da vítima e das testemunhas, bem como pelos demais elementos colhidos no bojo dos autos.

O MM. Juiz analisou detalhadamente os elementos probatórios, principalmente os depoimentos da vítima e das testemunhas que confirmam toda a sequência dos fatos, merecendo destaque as seguintes transcrições da r. sentença (fls.98/100):

> " (…)Ao debruçar-me sobre o universo dos autos, observo ter restado evidenciado que no dia 11 de fevereiro de 2007, por volta de 21h, o acusado, mediante arrombamento da porta da cozinha, subtraiu, certamente na companhia de terceiros, além de objetos descritos no auto de apresentação e apreensão de fl. 16, um óculos e a quantia de R$ 42,00 (quarenta e dois reais). Acionada a Polícia Militar, na pessoa do cabo Silva Júnior e dos soldados Renato e Rogério, promoveu diligências nas proximidades da residência da vítima, quando, em um local ermo e desabitado, na rua que liga o bairro da rodoviária ao Mutirão da Pompéia, os milicianos avistaram uma motocicleta estacionada próxima a uma cerca, tendo chamado atenção dos policiais não só pelo fato do veículo estar aparentemente abandonado, quanto a constatação de que sua chave encontra-se na ignição. Diligentemente, a equipe militar colocou mencionada moto em funcionamento e apontando o farol em direção às margens da rua, pode observar, do outro lado da cerca, a presença de uma pessoa que, imediatamente, evadiu-se correndo e desapareceu em meio ao matagal e à escuridão. Apesar dos milicianos ainda terem tentado ensaiar um perseguição, exatamente no local em que o desconhecido foi, por força do acaso, detectado, evidenciou-se a presença de parte dos objetos subtraídos da vítima(...) Diante do que se extrai dos relatos antes assentados, aproximadamente 15 minutos depois os objetos foram localizados, o

> inspetor de polícia Renato informou, via rádio, à composição militar , que uma pessoa havia acabado de registrar uma ocorrência dando conta de que ela, ao chegar à churrascaria do "Catolé", localizado às margens da CE 060, foi surpreendida por dois homens, os quais tomaram, mediante violência, a sua motocicleta. A princípio, nenhuma correlação existia entre o delito em análise e o episódio acima descrito, não fosse o fato de que o veículo tomado de assalto era o mesmo que os policiais haviam localizado abandonado em circunstâncias no mínimo suspeitas. Neste ponto, mister registrar que a mesma composição militar encarregou-se de checar a veracidade dos fatos narrados pelo inspetor Renato, constatando-se de logo, que a citada churrascaria encontrava-se fechada e nem os mototaxistas que faziam ponto nas proximidades do local, nem os funcionários do Posto Nunes, também situado nos arredores de onde o fato criminoso supostamente teria ocorrido, presenciaram o evento delitivo. Com efeito, tenho que a versão inverosímel formulada pelo acusado, cotejada com a forma como ele se apresentou à autoridade policial no momento em que noticiou o crime de que supostamente teria sido vítima, ou seja, todo sujo de terra e com as vestes rasgadas, denotando terem sido estas danificadas em razão de haver enfrentado, no momento da fuga, vegetação com espinhos ou cerca de arame farpado, corroboram com a conclusão a que chegou a autoridade policial, que houve por bem enquadrá-lo como autor do furto em apreço(..) Portanto, pela clareza dos depoimentos prestados convergidos ao presente caderno processual, corroborados pelo auto de exibição e apreensão de fl. 16, chega-se à conclusão de que o acusado praticou o crime de furto qualificado, pela destruição de obstáculo, não restando, pois, dúvida quanto à materialidade do delito e de sua autoria (...)".

Dessa forma, não resta dúvida da participação do recorrente na ação delituosa. Ademais, é entendimento pacífico desta Corte, especialmente desta Câmara Criminal que, nos crimes contra o patrimônio, as palavras da vítima assumem especial valor probatório, em razão da clandestinidade em que normalmente são cometidos, desde que aliados aos demais elementos constantes dos autos.

Neste sentido tem decidido os Tribunais:

> ″PENAL. ROUBO MAJORADO. PALAVRA DA VÍTIMA. TESTEMUNHA POLICIAL. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE AMPARA A CONDENAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. EMPREGO DE VIOLÊNCIA.
> **Nos crimes contra o patrimônio, as declarações do ofendido são sumamente valiosas, constituindo-se meio de prova de grande valor.**
> **O testemunho prestado por agente policial, quando em harmonia com as provas dos autos, não contraditado ou desqualificado, resta merecedor de fé na medida em que provém de agente público no exercício de sua função.**

> Conjunto probatório que ampara a condenação. Presente o dolo de subtrair coisa alheia móvel, mediante violência, consistente em ter sido puxada a bolsa da vítima pelos autores do fato, não merece acolhimento, por isso, o pedido de desclassificação do crime de roubo para furto. Apelo improvido" (APR 20090610127044, Rel.: Mario Machado, 1ª Turma Criminal, julgado em 9/9/10, DJ de 28/9/10, pág. 194 – grifei).

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, mostra-se seguro, robusto e coeso quanto à comprovação da materialidade e da autoria, não havendo que se falar em absolvição por falta de provas.

Quanto ao pedido da defesa para reduzir a pena base imposta ao réu, chegamos a conclusão de que também não merece prosperar. Ao analisarmos minuciosamente a sentença proferida pelo juiz singular, podemos verificar que este obedeceu fielmente aos critérios legais estabelecidos nos arts. 59 e 68 do Código Penal Brasileiro, senão vejamos:

> "(...) Em obediência ao princípio constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88) e atento às disposições encartadas no art. 59 do CPB – que regulamenta a individualização das reprimendas penais condenatórias – passo a analisar as circunstâncias judiciais que orientam o magistrado na fixação da pena base: 1. CULPABILIDADE: Ao analisar a reprovabilidade da conduta delitiva empreendida pelo réu, pude constatar que esse possui discernimento suficiente para compreender o caráter ilícito de seus atos e determinar-se de acordo com este entendimento, sendo verdadeiro, pois, que de forma livre e consciente optou por praticá-los, não havendo, assim, qualquer causa que exclua a censurabilidade do delito praticado. 2. ANTECEDENTES : não revela possuir antecedentes criminais aptos a agravar a pena base. 3. CONDUTA SOCIAL: Os depoimentos das testemunhas demonstram que o sentenciado ostenta bom comportamento social. 4. PERSONALIDADE: Não há nos autos elementos que permitem uma aferição. 5. MOTIVOS DO CRIME: Nada há que favoreça ou prejudique o réu, presumindo-se que tenha sido a vontade de se locupletar do patrimônio da vítima, circunstância elementar do tipo. 6. CIRCUNSTÂNCIAS: Nada há que favoreça ou prejudique o réu. 7. CONSEQUÊNCIAS EXTRAPENAIS: Não foram graves. 8. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA: Em nada contribuiu para a conduta criminosa(...)".

Nesse diapasão, verifica-se que a pena base foi aplicada obedecidos os parâmetros legais e em consonância com a jurisprudência pátria, vejamos:

> **STJ:** ***"Ao proceder a individualização da pena, o Juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva – culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente – e de natureza objetiva – motivos, circunstâncias e consequencias do crime – fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade" (RT 732/605-6).***

EM FACE DO EXPOSTO, voto pelo **conhecimento** do recurso da Defesa, **negando-lhe provimento**.

Fortaleza, CE, 4 de novembro de 2014.

PROCESSO: 0013011-69.2011.8.06.0034 - APELAÇÃO
APELANTES: JOSÉ CLÁUDIO DOS SANTOS E MARCOS PEREIRA CONSTANCIO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO EXCULPATÓRIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE EVIDENCIADAS NAS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO EM FLAGRANTE. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO §4º, DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2002. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO A UM DOS APELANTES, POR PROVIMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, AINDA NO JUÍZO MONOCRÁTICO. NÃO CONHECIMENTO DO APELO, NO PONTO, E EXTENSÃO DO BENEFÍCIO AO CORRÉU NA INSTÂNCIA PELA IDENTIDADE DE CONDIÇÕES OBJETIVAS E SUBJETIVAS DOS CORRÉUS. ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. PROVIMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. FIXAÇÃO, SOMENTE, NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF. RECURSO, PARCIALMENTE, CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, tomar, parcial, conhecimento do apelo interposto por José Cláudio dos Santos e, no ponto, negar-lhe provimento, alterando-lhe, entretanto, **ex officio**, o regime prisional para o semiaberto. Com relação ao recurso manejado por Marcos Pereira Constâncio, é dado provimento nos limites de se lhe reconhecer cabível a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º. do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 (tráfico privilegiado), reduzindo-lhe, em consequência, a censura penal em um terço, fixando-a em quatro anos e oito meses de reclusão, a serem cumpridas em regime prisional semiaberto, pelos mesmos motivos já analisados em relação ao corréu igualmente apenado.

Fortaleza, CE, 4 de novembro de 2014.

RELATÓRIO

José Cláudio dos Santos, condenado por tráfico de drogas e apenado, inicialmente, a sete anos de reclusão, em regime fechado, alterado o **quantum** da censura penal, após o provimento de dois embargos de declaração, para quatro anos e oito meses de reclusão, em regime fechado, e Marcos Pereira Constâncio, igualmente condenado por tráfico de drogas e sentenciado a sete anos de reclusão, em regime fechado, apelaram, pretendendo, em síntese, absolvição por falta de provas, subsidiariamente, lenificação da censura penal pelo reconhecimento do chamado "tráfico privilegiado".

Apelos confutados, na Instância, a douta PGJ opinou pelo, parcial, provimento do manejado pela defesa do réu Marcos Pereira Constâncio, no que se refere à aplicação, em seu favor, da causa de diminuição de pena prevista no §4º. do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 (tráfico privilegiado).

É o relatório.

À Revisão.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade ensejando seu conhecimento.

Consta dos autos que policiais civis do DENARC receberam denúncia anônima de que o apelante José Cláudio dos Santos, agnominado "Siri" estaria traficando cocaína oriunda do Estado de São Paulo e que estava prestes a receber um novo carregamento, o qual viria num veículo FOX, de cor prata, placa de Santo André, São Paulo.

No prosseguimento das investigações, os policiais, no dia 4 de abril de 2011, por volta das 12h0030min, chegaram à barraca de praia do "Siri Cascudo" e montaram campana, ocasião em que presenciaram a chegada de um veículo FOX de cor prata, cujo motorista, identificado como Marcos Pereira Constâncio, desceu e passou a conversar com o apelante José Cláudio.

No transcorrer do tempo em que conversaram, Marcos Pereira efetuou várias ligações de um telefone público próximo, sempre consultando sua agenda do celular para depois, talvez por perceber movimentação estranha na barraca, se

encaminhar como se fosse embora, momento em que foi abordado pelos policiais, os quais lograram êxito em localizar, no interior do veículo, escondido no interior do painel, aproximadamente 6, 445KG de cocaína, acondicionada em pacotes.

Materialidade delitiva exatificada através de laudo de constatação toxicológica, sendo a autoria negada pelos apelantes.

Segundo afirmam, os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão são imprestáveis à condenação, não condizendo com a verdade dos fatos, afirmando, ainda, que não foi presenciado pelos acusados o momento em que a droga teria sido, supostamente, encontrada no veículo guiado pelo apelante Marcos Pereira.

Assim argumentando, fundamentam suas pretensões exculpatórias na inexistência de provas a embasar o juízo condenatório.

A respeito, pela prova coligida aos autos, entendo demonstrada a estreita relação de amizade entre os dois apelantes, amizade essa vinculada ao comércio de entorpecentes.

A operação policial deflagrada pela DENARC, foi motivada por denúncias anônimas afirmando que o apelante José Cláudio estaria traficando drogas e que receberia entorpecentes vindos de São Paulo, denúncia que foi confirmada pela apreensão de quase sete quilos de cocaína escondidos no painel do carro conduzido pelo apelante Marcos Pereira, justamente de São Paulo, os dois, presos em flagrante, quando em tratativas na barraca de praia do apelante José Cláudio.

Além dos depoimentos dos policiais, corroborando a prova da acusação, existem declarações de testemunhas, afirmando a estreita relação de "amizade" entre os apenados, bem diferente de uma relação comum entre comerciante e cliente.

Outro fato que chama a atenção é a circunstância do apelante, Marcos Pereira, residente em São Paulo, com bastante frequência, vir a Fortaleza conduzindo o próprio veículo, destacando-se que o mesmo informou que trabalha com manutenção de computadores ou fazendo "bicos".

Convenhamos, difícil crer que alguém nessa condição possua tanta facilidade de deslocar-se de São Paulo à Fortaleza, de carro, sabendo-se ser uma viagem longa e de custo financeiro alto, quiçá mais onerosa que outros meios de transporte disponíveis, como ônibus ou mesmo avião. A preferência pelo modo rodoviário de transporte, dirigindo o próprio veículo, se coaduna, perfeitamente, com a situação de traficância, a demonstrar que, na verdade, sua viagens serviam ao comércio ilícito de entorpecentes tendo o apelante José Cláudio como comparsa. Isto porque restou demonstrado que em todas as viagens, Marcos Pereira, se dirigia à barraca de praia do

corréu ou à sua própria residência, com o fim de entregar a droga que, certamente, trazia em sua viagem, sendo que, desta feita, foram flagrados pela operação policial.

A defesa pretende denegrir o trabalho policial nominando a prova de imprestável e que os policiais teriam interesse de acusar os apelantes falsamente.

A respeito, reafirmo, como tenho dito em diversos recursos sob minha relatoria, que tais argumentos de defesa são bastante comuns, contudo, ainda não analisei, nenhum, que viesse amparado por qualquer adminículo de prova que fosse, nunca superando o campo da mera alegação. Ressalto, a mais, que a quantidade da droga apreendida, quase sete quilos de cocaína, torna mais difícil a admissão de que teria sido "plantada" pelos policiais. Não estamos falando de papelote de cocaína, mais sim de expressiva quantidade de droga.

No respeitante ao valor probante dos depoimentos dos agentes públicos, nossos Tribunais Superiores, de forma reiterada, têm admitido a sua relevância, inclusive para embasar condenações, sendo necessário para desacreditá-los ou desmerecê-los a produção de prova nesse sentido, e não simplesmente a mera alegação.

No presente caderno processual, inexiste qualquer demonstração de que os policiais, participantes da operação policial que culminou com a prisão dos apelantes e a apreensão da cocaína, tivessem a intenção de acusá-los, falsamente, ou prejudicá-los, com acusação tão grave.

Assim considerando tenho que, no mérito, a condenação dos dois apelantes encontra amparo no acervo probante junto ao caderno processual, razão pela qual suas condenações devem ser mantidas, na forma como preconizada pelo juízo monocrático.

Adiante, vislumbro que os dois apelantes apresentam pretensão recursal de lenificação da censura penal que lhes foi aplicada, pelo reconhecimento do chamado "tráfico privilegiado".

A respeito, feitas essas considerações iniciais, pela ordem, passo a analisar o recurso manejado pelo acusado José Cláudio dos Santos que pretende, como já dito, absolvição ou lenificação da censura penal que lhe foi imposta pelo reconhecimento da figura do chamado tráfico privilegiado.

A respeito, verifico, inicialmente, que o apelante José Cláudio, através de dois embargos de declaração manejados pela sua combativa defesa, conseguiu a modificação do **quantum** da pena que lhe foi imposta, reconhecendo-se-lhe, pelo juízo monocrático, aplicável, a figura do tráfico privilegiado e bem assim reduzindo-lhe a reprimenda de sete anos de reclusão para quatro anos e oito meses de reclusão, em regime fechado.

Nesse contexto, nada há mais a acrescentar a respeito pois, no que diz respeito à quantidade da pena, a pretensão defensiva foi atendida. Talvez divirja

a defesa com relação ao **quantum** da fração de redução aplicada pelo magistrado singular, pretendendo mais, contudo esta Corte entende que tal operação sujeita-se à discricionariedade motivada do julgador, inexistindo fórmula matemática a ser aplicada, razão pela qual considero, a pretensão, nessa vertente, prejudicada e assim não conhecida.

No pertinente ao pedido de reconhecimento em favor do apenado Marcos Pereira da figura do chamado tráfico privilegiado, entendo que merece provimento. Isso porque, analisando o comando judicial objurgado, especificamente na parte referente à operação de dosimetria da censura penal, identifico que o sentenciante aplicou a mesma análise das circunstâncias do art. 59 do CP, apresentando os condenados idênticas condições subjetivas relativas a primariedade, antecedentes, personalidade, conduta social, não havendo, por isso, como justificar que ao outro apelante, José Cláudio, através de provimento a embargos de declaração, foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, e não foi, de igual modo, reconhecida ao apelante Marcos Pereira, repito, em face de ambos apresentarem idênticas condições subjetivas e objetivas.

Assim, é que entendo aplicável ao apenado Marcos Pereira a figura do tráfico privilegiado, causa especial de diminuição de pena, reduzindo-lhe o quantum da censura penal pela mesma fração aplicada ao corréu, qual seja, um terço, resultando em uma pena fixada de quatro anos e oito meses de reclusão.

Finalmente, ainda com relação à pena, constato que foi imposto aos recorrentes, regime inicial fechado de cumprimento da reprimenda, mesmo alcançado o **quantum** de suas penas patamar em que seria aplicável regime mais brando, justificando o magistrado, tão somente, no fato da conduta se assemelhar a crime hediondo, fundamentando exclusiva e simplesmente **"(...)por força do art. 2º., §1º da Lei nº.8.072/90(...)".**

Tal posicionamento, com a devida vênia, é refutado pelo Supremo Tribunal Federal que ao apreciar o **Habeas Corpus nº. 111.840, Relator Ministro Dias Toffoli, em 27.6.2012**, declarou a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º. da Lei nº.8072/90, com a alteração trazida pela lei nº. 11.464/2007, que trouxe a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena pela prática de crimes hediondos e equiparados **(ver Inf. STF nº.672)**.

Nesse sentido, os julgados abaixo:

> **PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO DE RELATOR DE TRIBUNAL SUPERIOR QUE INDEFERIU PLEITO CAUTELAR EM IDÊNTICA VIA PROCESSUAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SÚMULA 691/**

STF. SUPERAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO COM FUNDAMENTO APENAS NO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DESTA CORTE NO HC 111.840. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME INICIAL ABERTO (ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CP). IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS SEVERO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44 DA LEI 11.343/06). INCONSTITUCIONALIDADE. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 – que determina o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em razão da prática de crime hediondo, necessariamente, no regime fechado – foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 111.840, Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, sessão de 27 de junho de 2012. 2. O artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal determina que "o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto". 3. A fixação do regime inicial fechado para cumprimento da pena e a vedação substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base apenas em legislação julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal justifica a superação da Súmula 691/STF. Precedentes: HC 112.640, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 14.09.12; HC 112.766, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 7.12.12; HC 111.844, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 01.02.13; HC 111.694, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 20.03.12. 4. In casu, a) o magistrado de primeiro grau condenou o paciente a 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e (15) quinze dias de reclusão, pelo cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, fixando o regime fechado para o início do cumprimento da pena, com fundamento tão somente no disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 e vedou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base no artigo 44, caput, da Lei nº 11.343/06; b) A medida liminar foi por mim deferida para determinar ao juiz da execução que analisasse os requisitos necessários para substituição, ou não, da pena privativa de liberdade por outra (s) restritiva (s) de direito (s); c) O juiz da execução penal negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos com fundamentação genérica na gravidade do delito e na brandura da penalidade; d) O pedido de reconsideração da decisão que deferiu parcialmente a liminar foi por mim deferido para determinar a imediata substituição da pena privativa de liberdade por restritiva(s) de direito (s). 5. O Supremo Tribunal Federal não é competente para julgar habeas corpus

> impetrado em face de decisão de Relator de Tribunal Superior que indefere pedido de liminar em idêntica via processual (Súmula 691/STF). A supressão de instância inequívoca revela-se a malferir o princípio do Juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) na hipótese em que o writ impetrado nesta Corte versa a mesma fundamentação submetida ao Tribunal inferior. Precedentes: HC 107.053-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 15.04.11; HC 107.415, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 23.03.11; HC 104.674-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 23.03.11; HC 102.865, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, JD de 08.02.11. 6. "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (Súmula 718 do STF). 7. "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719 do STF). 8. Habeas corpus extinto por inadequação da via eleita. Ordem concedida, de ofício, para ratificar a liminar deferida no sentido de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva (s) de direito (s). (HC 110281, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 21/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 04-06-2013 PUBLIC 05-06-2013).

> **Habeas corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. 3. Pedido de aplicação da causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), fixação de regime inicial aberto e substituição da pena. 4. Minorante da Lei de Drogas. Requisitos não preenchidos. Paciente que se dedica à atividade criminosa. 5. Regime inicial fixado somente em razão da hediondez do delito, na forma do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/2007. Com o julgamento do HC 111.840/ES, relatoria do Ministro Dias Toffoli, superada a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados. 6. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Paciente condenado à pena superior a 4 anos (art. 44, I, do CP). 7. Ordem parcialmente deferida, confirmando a liminar, para determinar que o Juízo de origem proceda a nova fixação do regime inicial de cumprimento de pena, segundo os critérios previstos no art. 33, §§ 2º e 3º do CP. (grifo nosso).** (HC 116541, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013)

Assim, constatada que a fixação do regime prisional dos apenados restou fundamentada, exclusivamente, no fato da conduta a ele imputada enquadrar-se como crime hediondo, em desconformidade com o entendimento manifestado em julgados

oriundos da egrégia Corte, considerando, ainda, que foi aplicada aos dois apelantes a causa especial de diminuição de pena prevista no §4º. do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006, como bem suas condições subjetivas favoráveis, fixo-lhes o regime prisional, semiaberto, para o cumprimento da reprimenda.

Isso posto, é o presente para tomar, parcial, conhecimento do apelo interposto por José Cláudio dos Santos e, no ponto, negar-lhe provimento, alterando-lhe, entretanto, **ex officio**, o regime prisional para o semiaberto.

Com relação ao recurso manejado por Marcos Pereira Constâncio, é dado provimento nos limites de se lhe reconhecer cabível a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º. do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 (tráfico privilegiado), reduzindo-lhe, em consequência, a censura penal em um terço, fixando-a em quatro anos e oito meses de reclusão, a serem cumpridas em regime prisional semiaberto, pelos mesmos motivos já analisados em relação ao corréu igualmente apenado.

Fortaleza, CE, 4 de novembro de 2014.

PROCESSO: 0014445-68.2000.8.06.0070 – APELAÇÃO
APELANTE: MANOEL MISSIAS DAS FLORES
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. CRIME TIPIFICADO NO ART. 289, § 1º DO CPB. USO DE MOEDA FALSA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. REMESSA IMEDIATA DOS AUTOS AO JUÍZO COMPETENTE. APELO PROVIDO.

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar o crime de moeda falsa previsto no artigo 289, § 1º , do Código Penal , quando a falsificação, conforme o Laudo Pericial, é capaz de enganar o homem comum.

2. Reconhecida a incompetência absoluta da Justiça Estadual, impõe-se a pronta remessa dos autos à Justiça Federal.

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 **DAR-LHE PROVIMENTO**, eis que **reconhecida a incompetência absoluta da Justiça Estadual**, com consequente e **imediata remessa dos autos à Justiça Federal**, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 03 de fevereiro de 2015.

RELATÓRIO

Ao bem lançado relatório da sentença de fls. 103/106, acrescento que o réu **MANOEL MISSIAS DAS FLORES** foi condenado por infração ao art. 289, § 1º do Código Penal.

Inconformado com esse resultado, tratou o recorrente de interpor o recurso em exame, com razões apresentadas às fls. 110/113, onde aponta para a nulidade da sentença, em razão da competência da Justiça Federal.

As contrarrazões recursais foram ofertadas às fls. 115/117, onde se pugna pelo provimento do apelo, no que foi seguido pela douta Procuradoria-Geral de Justiça no parecer de fls. 128/132.

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.

Em seguida, sem adentrar no mérito da pretensão recursal, o que tenho de logo a verificar é que é nula a sentença de fls. 103/106, pois proferida por juiz absolutamente incompetente (art. 564, inciso I do CPP).

Isso porque, compete à Justiça Federal processar e julgar o crime de moeda falsa previsto no artigo 289, § 1º , do Código Penal , quando a falsificação, conforme o Laudo Pericial, é capaz de enganar o homem comum.

Com efeito, a teor da Súmula 73 do STF, somente a falsificação grosseira, configura, em tese, o crime de estelionato, de competência da Justiça Estadual.

Pelo que se observa dos autos, em especial o Laudo Pericial de fls. 57/59, concluiu-se que a cédula poderia ser recebida como autêntica, não havendo que se falar, portanto, em falsificação grosseira.

Desse modo, é de se reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Estadual.

Nesse sentido, eis a recente jurisprudência do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª região:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. MOEDA FALSA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURADA. DELITO CONSUMADO. APELAÇÕES IMPROVIDAS. 1. **É de se afastar a alegação de incompetência da Justiça Federal se o comerciante que a recebeu teve dúvidas sobre sua inautenticidade e diante do laudo pericial emitido pela Polícia Federal que atesta que "a cédula examinada apresenta aspecto pictórico semelhante ao de cédulas verdadeiras**

> **de mesmo valor, podendo enganar pessoas pouco observadoras e/ou desconhecedoras das características de segurança existentes nas cédulas verdadeiras."** 2. (...). 5.. Apelações improvidas.
> (TRF-5 - APR: 200984010013173 , Relator: Desembargador Federal Marco Bruno Miranda Clementino, Data de Julgamento: 31/07/2012, Quarta Turma, Data de Publicação: 02/08/2012)
> – sem grifos no original.

Desse modo, caracterizado o interesse da União, compete à Justiça Federal processar e julgar o feito, *ex vi* do art. 109, inciso I da Constituição brasileira.

ISTO POSTO,

Voto no sentido de que se tome **conhecimento** do recurso para **DAR-LHE PROVIMENTO,** eis que reconhecida a **incompetência absoluta da Justiça Estadual** para processar e julgar o feito, com consequente e **imediata** remessa dos autos à Justiça Federal.

Fortaleza, 03 de fevereiro de 2015.

PROCESSO: 0045191-59.2013.8.06.0167 – APELAÇÃO
APELANTE: JOÃO PAULO DUARTE FROTA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE FURTO TENTADO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO, REQUERENDO A ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO ANTE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA – IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – REITERAÇÃO CRIMINOSA – IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Autoria e materialidade devidamente provadas na instrução processual, evidenciando um conjunto probatório harmônico e coeso com elementos suficientes para ensejar a sentença condenatória.
2. Para aplicação do princípio da insignificância, outros critérios, que não apenas o valor da *res furtiva*, devem ser levados em consideração, cabendo ao julgador, em cada caso concreto, avaliar a necessidade e conveniência dessa benesse.
3. Ademais, a reiteração criminosa impede o reconhecimento da insignificância penal, eis que este princípio não pode ser acolhido para resguardar constantes condutas desvirtuadas, porquanto necessária e lógica a repressão estatal.
4. Sentença mantida em sua integralidade.
5. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer da apelação interposta e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste.

Fortaleza, 03 de fevereiro de 2015.

RELATÓRIO

JOÃO PAULO DUARTE FROTA, qualificado nos autos foi denunciado pelo representante do Ministério Público, como incurso nas sanções do art. 155, caput, c/c art. 14, II, do Código Penal.

O recorrente foi condenado à pena de oito (08) meses de reclusão, a ser cumprida sob o regime aberto e ao pagamento de oito (08) dias-multa, fixado o dia multa no mínimo legal. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos moldes do art. 44 e seguintes do CPB.

Inconformado com o *decisum*, o apelante interpôs o recurso em exame, com razões às fls. 120/125, visando à reforma da decisão, requerendo a absolvição do acusado ante o princípio da insignificância ou bagatela.

As Contrarrazões da Promotoria de Justiça foram ofertadas às fls. 128/130, propugnando-se pelo improvimento do apelo. O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça foi exarado no mesmo sentido, podendo ser visto às fls. 142/146.

O feito foi distribuído para este Gabinete em 09/05/2014, conforme dados do sistema SAJ, vindo concluso para apreciação.

Era o que se tinha a relatar, determinando a remessa dos autos à D.D. Revisora para os devidos fins.

VOTO

Feito o devido exame dos autos, verifica-se que o recurso foi interposto tempestivamente, sendo cabível na espécie, razão para tomar o conhecimento pretendido.

JOÃO PAULO DUARTE FROTA, devidamente qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público, como incurso no art. 155, caput, c/c art. 14, II, do Código Penal, sob o argumento de haver, no dia 15 de abril de 2009, praticado crime de furto tentado, na comarca de Sobral.

Conforme consta na denúncia de fls. 02/04, o recorrente, no dia 06 de agosto de 2013, na rua Viriato de Medeiros, Centro, na cidade de Sobral, subtraiu um aparelho de telefone celular, que estava no interior do veículo da vítima, fugindo em seguida. A vítima e um amigo seu saíram em perseguição do infrator, assim como a polícia, que foi imediatamente acionada por populares. O denunciado foi preso em flagrante, ainda de posse da "*res furtiva*".

Apresentada a defesa prévia, ultimada a instrução criminal e oferecidas as alegações finais, sobreveio a sentença de fls. 82/96, na qual a juíza do feito julgou procedente a denúncia, condenando o recorrente à pena de oito (08) meses de reclusão, a ser cumprida sob o regime aberto e ao pagamento de oito (08) dias-multa, fixado o dia multa no mínimo legal. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos moldes do art. 44 e seguintes do CPB.

Irresignado com o resultado da sentença condenatória o recorrente apelou contra o *decisum,* visando à reforma da decisão, requerendo a absolvição do acusado ante o princípio da insignificância ou bagatela, em razão do baixo valor do bem furtado e da ausência de violência da conduta. Defende ainda, a possibilidade de aplicar tal princípio, mesmo em caso de denunciado contumaz na prática de furtos.

A materialidade e a autoria do crime são inquestionáveis, comprovadas pelos seguintes elementos: Auto de Prisão em Flagrante (fls. 06/07), Recibo de Entrega do Preso (fls. 09), Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 16), e Termo de Restituição (fls. 17), bem como pelos demais elementos de provas constantes nos autos.

Sem razão o recorrente. A sentença condenatória está fundamentada, respaldada pelo conjunto probatório que se apresenta lógico, coerente e harmônico. Quanto ao bem subtraído pelo apelante, ainda que não tão valoroso, mesmo assim não possuem o caráter bagatelar. Ademais, o valor do bem furtado, por si só, não autoriza o aplicador da lei a descriminalizar a conduta e absolver o acusado.

O princípio da insignificância não deve ser usado para mascarar e estimular delitos pequenos. Ressalta-se que este não deve ser aplicado tão somente em razão do valor subtraído, assim como o "juridicamente relevante" não deve ser entendido apenas pelo valor econômico da *res furtiva*. Resta evidenciado que tal instituto não visa salvaguardar a habitualidade delitiva.

Comprovada a nocividade social da conduta do agente e a relevância penal do fato, afasta-se a aplicação do princípio da insignificância no crime de furto. Assim, ante o contexto probatório produzido, não merece prosperar a absolvição pretendida. Efetivamente, o ataque a patrimônio alheio envolve gravidade relevante, não se podendo conceder a imunidade ainda que o valor da coisa seja ínfimo.

Em suma, a comprovada reiteração no cometimento de crimes contra o patrimônio demonstra a incompatibilidade com a aplicação do princípio da insignificância, pois nesse contexto o novo evento criminoso sob análise não é algo isolado na vida do recorrente e revela que não foi alcançada a sua ressocialização.

Observa-se nos autos que o suplicante já responde a várias outras ações penais, conforme certidão de antecedentes criminais de fls. 32/49, pela prática de furtos, demonstrando que trata-se de pessoa propensa à prática delituosa. Feitas estas considerações, não há como reconhecer o princípio da bagatela, eis que as condições pessoais do apelante não o favorecem, apresentando comportamento reprovável, devendo sua conduta ser considerada materialmente típica e demonstrando a necessidade da intervenção do direito penal.

Sobre o tema, ensinamentos de CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *in* Código Penal Comentado, *verbis*:

> "(...). Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida (...). Concluindo, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada por meio da consideração global da ordem jurídica (...)".
> (Código Penal Comentado, CEZAR ROBERTO BITENCOURT. - 5. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5).

Nesse ponto, se faz oportuna a transcrição de ementa atual de acórdão sobre o tema:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES - ESTABELECIMENTO COMERCIAL - AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTESTES - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INVIABILIDADE - AGENTE CONTUMAZ EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO - CONDUTA DE EXTREMO DESVALOR - RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADO DO DELITO - IMPOSSIBILIDADE - INVERSÃO DA POSSE DA RES FURTIVA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.
> Para que ocorra a condenação do acusado, basta a existência de um quadro suficiente de indícios, harmônicos e convergentes, todos demonstrativos de sua culpa. A comprovada reiteração no cometimento de crimes contra o patrimônio é incompatível com a aplicação do princípio da insignificância, pois demonstra que esse novo evento criminoso não é algo isolado na vida do réu e revela que as sanções penais anteriormente impostas ainda não se mostraram suficientes a alcançar a sua ressocialização completa na coletividade. Se o réu retira o objeto subtraído da esfera de disponibilidade e vigilância da vítima, obtendo, inclusive, sua posse mansa e pacífica, ainda que por pouco tempo, resta consumado o delito de furto.

(Apelação Criminal Nº 1.0024.12.345803-6/001 - Comarca de Belo Horizonte – TJMG – 7ª Câmara Criminal - Relator Des. Sálvio Chaves, julgado em 10/07/2014, DJ 18/07/2014).

Imperiosa a condenação. A sanção imputada ao apelante encontra-se bem dosada, razoável e proporcional ao delito, não carecendo de qualquer reparo. 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.

É o voto.

Fortaleza, 03 de fevereiro de 2015.

PROCESSO: 0053757-10.2013.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: PAULO CESAR RODRIGUES DA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL. APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE QUE A DROGA APREENDIDA DESTINAVA-SE AO PRÓPRIO USO DO RECORRENTE. VERSÃO DISSOCIADA DO CONJUNTO PROBATÓRIO ESTABELECIDO NOS AUTOS. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA COM BASE NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO DEMONSTRADA.

1. O depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal (Precedentes do STJ).

2. Se o recorrente buscava esquivar-se da punição estatal, deveria ter comprovado o alegado, ou, no mínimo, fornecido elementos capazes de abalar o conjunto probatório firme e coeso estabelecido nos autos, e não lançar mão de argumentos sem qualquer supedâneo fático.

3. Os verbos contidos no art. 33 da lei antidrogas cuja extensão, propositalmente perquirida pelo legislador, visa cercar-se de todos os cuidados para que o responsável pela disseminação da droga ilícita não fique impune escondendo-se entre brechas e omissões legislativas. Assim se pune a conduta de "vender", "expor à venda", "oferecer", "ter em depósito", "guardar", "entregar a consumo", "trazer consigo", dentre outros. Incorrendo o agente em qualquer desses verbos do tipo legal, configurado está o delito previsto no suso mencionado artigo.

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, 4 de novembro de 2014.

RELATÓRIO

Paulo Cesar Rodrigues da Silva apela da sentença que o condenou a 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão pelos delitos previstos nos artigos 33 e 35, da Lei nº 11.343/06 e 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção pelo delito de posse de arma de fogo, mais multa, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Argumenta, no azo, a fragilidade das provas para a sua condenação, pretendendo a sua absolvição.

A Promotoria, no revide, critica a pretensão e predica a manutenção do **decisum** tal como proferido.

Ouvida, a PGJ é pelo improvimento do recurso.

Relatório, em síntese.

À douta revisão.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade ensejando seu conhecimento.

Segundo consta na denúncia, no dia 25 de junho de 2013, policiais militares receberam a determinação de realizar diligências em torno da rampa do Jangurussu, em virtude de ter ocorrido um homicídio na área. Segundo as informações colhidas no local, a pessoa conhecida pela alcunha de Carrapato, posteriormente identificada como Eduardo Neto Silva de Sousa, teria sido alvejada com vários tiros e teria sido socorrida, enquanto os autores do disparo ainda estariam nas imediações do crime, especificamente, numa casa localizada na rua Márcio Mendes, Conjunto João Paulo II.

Quando os policiais chegaram à rua mencionada na informação, foram orientados acerca de qual seria a casa na qual os supostos homicidas estariam abrigados. Ao se aproximarem do local, os milicianos verificaram a presença de pelo menos quatro

pessoas, sendo que todos empreenderam fuga, sendo capturado somente a pessoa de Paulo Cesar Rodrigues da Silva. Ao retornarem ao local juntamente com o flagranteado, foram encontradas 170 g. de maconha, 35 g. de cocaína, 13 g. de crack, além de armas de fogo, munição e material para embalagem dos entorpecentes.

Denunciado e regularmente processado, restou o réu, ora recorrente condenado a 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão pelos delitos previstos nos artigos 33 e 35, da Lei nº 11.343/06 e 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção pelo delito de posse de arma de fogo, mais multa, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Irresignado com a condenação, apresentou o apelante o presente recurso, alegando que as provas são insuficientes para a condenação.

A esse respeito, cumpre esclarecer que é de suma importância na elucidação de crimes dessa natureza os testemunhos dos próprios policiais que efetuaram a prisão em flagrante, notadamente quando são os únicos que presenciaram o fato criminoso, que ocorre, quase sempre, de maneira velada onde são usados todos os subterfúgios para o seu acobertamento, motivo pelo merecem credibilidade e constituem meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório.

Em sintonia com tais circunstâncias, nossos Tribunais consideram a sua força probante, os quais, são constantemente atacados pelos advogados ao argumento de flagrante forjado, tortura e coisas do gênero, não se vislumbrando, na quase totalidade dos casos, nenhuma comprovação do alegado, resultando em meras suposições e conjecturas.

A materialidade está demonstrada pelos laudos de fls. 157/160 (laudos de constatação). A autoria é incontroversa.

Assim, não há que se falar em absolvição, pois as provas colhidas nos autos indicam, extremes de dúvidas, que o recorrente mantinha a posse de considerável quantidade de drogas, circunstância que, por si só, indica que se destinavam ao comércio ilegal.

Ademais, sabe-se que para a configuração do crime descrito pelo artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, tipo penal de conteúdo múltiplo, basta a plena subsunção da conduta do acusado a um dos verbos ali presentes (no caso em tela "vender", "expor à venda", "oferecer", "guardar", "entregar a consumo", "manter em depósito"). Acrescente-se que os verbos contidos no art. 33 da lei antidrogas cuja extensão, propositalmente perquirida pelo legislador, visa cercar-se de todos os cuidados para que o responsável pela disseminação da droga ilícita não fique impune escondendo-se entre brechas e omissões legislativas.

Nesse diapasão, não há como não atribuir ao apelante a prática do delito

previsto no retromencionado artigo, pois não há dúvidas de que o acusado mantinha em depósito 170 g. de maconha, 35 g. de cocaína, 13 g. de crack, além de armas de fogo, munição e material para embalagem dos entorpecentes.

Dessa forma, observa-se que a versão do apelante de insuficiência de provas, restou órfã, totalmente dissociada do conjunto probatório estabelecido nos autos, não merecendo, desta forma, maior relevo.

Ora, se o recorrente buscava esquivar-se da punição estatal, deveria ter comprovado o alegado, ou, no mínimo, fornecido elementos capazes de abalar o conjunto probatório firme e coeso estabelecido nos autos, e não lançar mão de argumentos sem qualquer supedâneo fático, observado o disposto no artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal.

Assim sendo, rejeito o pedido de absolvição, eis que, ao contrário do que alega a defesa, as provas constantes dos autos são suficientes para embasar o decreto condenatório pelo crime de tráfico.

Isso posto, tomo conhecimento do recurso, mas lhe nego provimento, em consonância com o parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, CE, 4 de novembro de 2014.

PROCESSO Nº 0103630-18.2009.8.06.0001
APELAÇÃO CRIMINAL
APELANTES: CARLOS LUIS DE SOUSA FREIRE
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. ROUBO MAJORADO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DE CRIME CONSUMADO PARA TENTADO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DA AMOTIO.

1. Apelante condenado pela prática de delito previsto no artigo 157, §2º, inciso I do Código Penal, à pena definitiva de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e ao pagamento de montante correspondente a 10 (dez) dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato.

2. O tipo contido no artigo 157, do Código Penal, exige, para sua configuração, apenas a subtração (mediante violência ou grave ameaça), para si ou para outrem, de coisa alheia móvel. Desta forma, descabe a alegação de que o caso narrado não saiu da esfera da tentativa, pois a consumação do delito ocorre com a inversão da posse da res furtiva, o que se deu no presente caso, pois o apelante subtraiu a bolsa da vítima e foi capturado com tal objeto em seu poder, ainda que a prisão tenha ocorrido pouco tempo depois do fato. Súm 11 – TJCE. Aplicação da *Teoria da Amotio.*

EXCLUSÃO DA MAJORANTE DE EMPREGO DE ARMA. REVÓLVER DESMUNICIADO. NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO.

3. Em que pese entendimento doutrinário defendendo o fato de a arma desmuniciada ser meio relativamente ineficaz, já que o agente pode nela inserir projéteis a qualquer tempo e efetuar disparos, sendo por isso cabível o aumento da pena, acosto-me à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e defendo o posicionamento de que a arma desmuniciada tem

o condão de caracterizar a grave ameaça necessária para a configuração do delito de roubo, porém, uma vez que ela não poderia desferir disparos, já que sem munição, não seria apta a fazer incidir a majorante prevista no art. 157, § 2º, I.

DOSIMETRIA. MAIOR ATENUAÇÃO EM RAZÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DA MENORIDADE RELATIVA. PENA-BASE APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE RETIRAR DO CÔMPUTO DA PENA A MAJORANTE DE EMPREGO DE ARMA.

4. Pena-base fixada no patamar de 4 (quatro) anos, sendo ainda aplicadas, pelo juízo a quo, atenuantes de confissão espontânea e menoridade relativa, reduzindo a pena aquém do mínimo legal, o que mantenho em razão da proibição da reformatio in pejus.

5. Conforme discutido e acostando-me ao entendimento do SJT, retiro do cômputo da pena definitiva a fração referente ao emprego de arma, já que o revólver encontrava-se desmuniciado, passando a ser imputado ao apelante o delito de roubo em sua modalidade simples, com reprimenda fixada em 3 (três) aos e 6 (seis) meses.

REFORMA NO *QUANTUM* DA SANÇÃO. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. NECESSIDADE.

6. Após as reformas anteriormente determinadas, tendo a reprimenda sido fixada em montante inferior a 4 (quatro) anos, medida que se impõe é a alteração do regime inicial para o aberto, em obediência ao art. 33, §2º, "c", Código Penal.

QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

7. Considerando o redimensionamento da pena restritiva de liberdade aplicada ao apelante, de 04 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão por este Tribunal de Justiça, deve-se,

de ofício, declarar extinta a punibilidade do recorrente, em consonância com o art. 61 do CPP
RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, REDUZINDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA AO APELANTE E ALTERANDO O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.
DE OFÍCIO, DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RECORRENTE, PELA PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº 0103630-18.2009.8.06.0001, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade e em dissonância com o parecer ministerial, em conhecer do recurso de apelação e lhe dar parcial provimento, com o reconhecimento, de ofício, da extinção da punibilidade do recorrente, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia contra CARLOS LUIS DE SOUSA FREIRE**,** devidamente qualificado na delatória**,** pela prática do crime previsto no artigo 157, §2º, inciso I do Código Penal.

Narrou a acusação, em síntese, que no dia 09/09/2009, por volta das 11:30 horas, o apelante abordou a vítima Sarah Lais Lacerda Barbosa, 13 anos, que voltava do seu curso na companhia de uma colega e, mediante grave ameaça exercida por arma de fogo, exigiu que a adolescente entregasse os pertences, evadindo-se em seguida.

Diz ainda a delatória que, minutos depois, os policiais localizaram e detiveram o infrator, tendo o mesmo sido reconhecido pela vítima como sendo o autor do delito.

Denúncia recebida em 28 de setembro de 2009, como bem se observa à fl. 36 dos autos.

Finda a instrução do feito, sobreveio sentença de fls. 63/67, datada de 11/02/2010, por meio da qual foi julgado procedente o pedido constante na denúncia, para condenar o réu nas sanções do art. 157, §2º, inciso I do Código Penal.

O magistrado de primeiro grau fixou a pena do apelante em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão pelo crime de roubo majorado, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, bem como o condenou ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, à fração de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato.

Razões recursais apresentadas pelo apelante (fls. 97/101), pugnando pela desclassificação do roubo consumado para tentado, vez que o réu não obteve a posse da res subtraída, já que foi preso logo em seguida.

Sustenta, ainda, que a arma utilizada estava sem balas e, por isso, não deveria ter sido computada a fração de aumento prevista no § 2º, inciso I, CP.

Diz, por fim, que a diminuição da pena em 6 (seis) meses foi aquém do esperado, já que existiam duas atenuantes e, por isso, pleiteia o aumento do quantum da atenuante para 1 (um) ano.

Contrarrazões às fls. 102/104.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer às fls. 111/115, datado de 12 de novembro de 2010, opinando pelo conhecimento do recurso, porém para dar-lhe improvimento.

Os autos vieram-me conclusos em 27/01/2014 (fl. 137).

É o relatório.

À Douta Revisão.

Fortaleza, 07 de agosto de 2014.

VOTO

O recurso merece ser conhecido por preenchimento dos seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos, sendo tempestivo e adequado à espécie.

Condenado à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, por infração ao art. 157, § 2º, I do Código Penal, o réu interpôs o presente apelo sustentando, em síntese, a necessidade de reforma da decisão, desclassificando o delito de consumado para tentado.

Sustenta, ainda, que a arma utilizada estava sem balas e, por isso, não deveria ter sido computada a fração de aumento prevista no § 2º, inciso I, CP.

Diz, por fim, que a diminuição da pena em 6 (seis) meses foi aquém do esperado, já que existiam duas atenuantes e, por isso, pleiteia o aumento do quantum da atenuante para 1 (um) ano.

A materialidade delitiva encontra-se devidamente comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante de fls. 08, pelo termo de Apresentação e Apreensão, fls. 23 e pelos depoimentos prestados tanto em sede de inquérito policial, quanto judicialmente.

A autoria também é inconteste, pois, as provas carreadas nos autos foram corroboradas pela confissão do apelante, tanto judicialmente, quanto no inquérito policial, senão veja-se:

> DECLARAÇÕES QUE PRESTA O INDICIADO, fls. 19.
> Que confessa a autoria do delito; que praticou o assalto por "doidice", não sabendo dizer por qual motivo roubou a vítima, pois nada falta para o autuado em sua casa; que estava sozinho quando abordou a vítima, a qual se fazia acompanhar de uma amiga, então pediu para ela o celular e a bolsa, mas a vítima entregou somente a bolsa, pois alegou que não tinha celular; que afirma que na ocasião da prática do roubo utilizou a arma apreendida para intimidar a vítima; que adquiriu o revólver apreendido a cerca de uma semana, tendo comprado o mesmo pelo valor de R$ 180,00 (cento e oitenta) reais a um rapaz desconhecido na "Feira da Parangaba"
>
> INTERROGATÓRIO DO RÉU EM JUÍZO, fls. 53
> Que está arrependido; que tem dezoito anos; que na época dos fatos, o interrogando estudava; que a arma pertencia ao interrogando; que a arma era de verdade, mas não tinha bala.

Adentrando ao mérito recursal, analisando detidamente o caso, entende-se que, na espécie, o apelo apresentado não há de prosperar. Justifica-se:

DA IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME TENTADO:

Nas declarações prestadas em sede de inquérito, a vítima Sarah Lais Lacerda Barbosa, fls. 17, salienta:

> Retornava do seu curso na companhia de uma colega, quando nas proximidades da pracinha do Monteiro, bairro Carlito Pamplona, foi abordada por um indivíduo baixo, moreno, com vestes pretas, **o qual armado de revólver, anunciou o assalto mandando a declarante entregar a bolsa; que a declarante entregou a bolsa contendo livros e um estojo de lápis, tendo o assaltante saído do local em uma bicicleta.**

Em juízo, a testemunha de acusação Ejonidélia Gois Lacerda Barbosa, fls. 49, aduziu:

> Que a depoente é mãe da vítima e sempre vai esperar a vítima do curso diariamente, pois o trecho é perigoso; que foi esperar sua filha com a sua irmã, e presenciou o acusado abordando sua filha; que no momento, a depoente não interferiu com medo do acusado atirar em sua filha e voltou para casa para acionar a polícia; que logo em seguida, sua filha chegou chorando e dizendo que tinha sido assaltada, **que o acusado queria um celular e como ela não tinha, ele pegou sua bolsa com dois livros da biblioteca da escola.**

Viu-se, ainda, que o acusado foi preso em flagrante, de posse da bolsa roubada e com um revólver na cintura, conforme depoimento de policial que conduziu o recorrente à delegacia, fls. 10.

Dito isto, salienta-se que o tipo contido no artigo 157, do Código Penal, exige, para sua configuração, apenas a subtração (mediante violência ou grave ameaça), para si ou para outrem, de coisa alheia móvel, senão veja-se:

> Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.

Desta forma, descabe a alegação de que o caso narrado não saiu da esfera da tentativa, pois a consumação do delito ocorre com a inversão da posse da *res furtiva*, o que se deu no presente caso, vez que o apelante subtraiu a bolsa da vítima (de apenas 13 anos), tendo o objeto sido com ele posteriormente encontrado, ainda que a prisão tenha ocorrido pouco tempo depois do fato.

É isso que dispõe a teoria da *apprehensio*, também conhecida como *amotio*, aplicada nos julgados proferidos pelos Tribunais Superiores, conforme entendimento do STJ colacionado a seguir:

> **PENAL - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - ROUBO - MOMENTO CONSUMATIVO - APREENSÃO E CONSEQÜENTE PERÍCIA DA ARMA (FACA) - DESNECESSIDADE - COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA - AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**
> **1 - Considera-se consumado o crime de roubo no momento em que o agente obtém a posse da res furtiva, ainda que não seja mansa e**

pacífica, ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima. 2 - É desnecessária, para a configuração da causa de aumento de pena no roubo, a apreensão e perícia de arma (faca) quando a sua utilização puder ser demonstrada por outros meios de prova. 3 - Agravo regimental a que se nega provimento.
(STJ , Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 08/10/2013, T6 - SEXTA TURMA)

EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. USO DE ARMA, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. INVERSÃO DA POSSE CARACTERIZADA. MODIFICAÇÃO DO QUE FICOU ESTABELECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. **- O Superior Tribunal de Justiça adotou à teoria da amotio, considerando como consumado o delito de roubo no momento em que o agente se torna possuidor da res, ainda que não tenha tido posse tranquila, sendo desnecessário que o bem saia da esfera da vigilância da vítima, ou mesmo que o bem seja posteriormente recuperado**. - Depreende-se do acórdão guerreado que os objetos roubados saíram da esfera de vigilância das vítimas, ainda que brevemente, pois o paciente somente foi preso pela polícia após a cessação da grave ameaça e já na posse pacífica dos bens subtraídos, saindo do prédio com a res furtiva. - Havendo a inversão da posse dos objetos roubados, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado, sendo certo que a desconstituição do que ficou estabelecido no acórdão atacado implicaria no reexame aprofundado dos fatos e provas juntados aos autos da ação penal, providência incompatível com os estreitos limites da via eleita, que não admite dilação probatória. Habeas Corpus não conhecido.
(STJ, Relator: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 11/06/2013, T5 - QUINTA TURMA)

No mesmo sentido, segue trecho da abalizada doutrina de Rogério Sanches:

> **O STF e o STJ adotam a segunda (amotio). Assim, já se decidiu consumado o delito no momento em que o proprietário perde, no todo ou em parte, a possibilidade de contato material com a res ou de exercício da custódia dominical, seja porque o agente logrou bem sucedida fuga, seja porque destruiu a coisa apoderada.**
> (CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal – Parte Especial, 6ª edição revista, ampliada e atualizada, 2014, JusPodivm, p. 155).

Ademais, este Tribunal de Justiça do Estado do Ceará editou súmula de nº 11 aplicando o supramencionado entendimento, segundo o qual "o delito de roubo se consuma no instante em que a detenção da coisa móvel alheia se transforma em posse, mediante o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa, sendo irrelevante que o agente a tenha tranquila e disponha livremente da res furtiva".

Por esta razão, resta clara a consumação do crime de roubo.

DO PLEITO DE EXCLUSÃO DA MAJORANTE DE EMPREGO DE ARMA

O recorrente busca excluir do cômputo da pena a majorante do emprego de arma de fogo, vez que o revólver utilizado encontra-se desmuniciado, sem qualquer potencialidade lesiva.

No presente caso concreto, a arma foi apreendida com o recorrente no momento da prisão em flagrante, sendo constatado, conforme auto de apreensão, fls. 23, que ela estaria desmuniciada, não tendo ainda com ele (recorrente) sido encontrado qualquer tipo de munição.

Em que pese entendimento doutrinário[1] defendendo o fato de a arma desmuniciada ser meio relativamente ineficaz, já que o agente pode nela inserir projéteis a qualquer tempo e efetuar disparos, sendo por isso cabível o aumento da pena, acosto-me à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e defendo o posicionamento de que a arma desmuniciada tem o condão de caracterizar a grave ameaça necessária para a configuração do delito de roubo, porém, uma vez que ela não poderia desferir disparos, já que sem munição, não seria apta a fazer incidir a majorante prevista no art. 157, § 2º, I.

1 MASSON, Cleber, Código Penal Comentado, 2013, Editora Método, p. 620.
NUCCI, Guilherme de Souza, 14ª edição, 2014, Editora Forense, p.858

Neste sentido, vem ao caso colacionar trecho da doutrina de Rogério Sanches[2] :

> Esse posicionamento estava sumulado no STJ 9Súmula 174). Contudo, em 2001, referido Tribunal Superior retificou seu entendimento (por maioria), decidindo, hoje, que a ameaça exercida com emprego de simulacro de arma de fogo, inofensiva, é apta para configurar a intimidação caracterizadora do crime de roubo, mas incapaz de gerar a majorante.
> **Com esse novel entendimento (e talvez sem perceber), o STJ incentivou a corrente que leciona que arma verdadeira, porém desmuniciada (e sem capacidade de pronto municiamento) é tão "inofensiva" quanto uma arma de brinquedo, devendo, igualmente, escapar do aumento.**

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no mesmo caminho:

> **EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. APREENSÃO DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. EXCLUSÃO DA MAJORANTE. REAJUSTAMENTO DAS SANÇÕES. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO**.
> 1. Esta Corte não deve continuar a admitir a impetração de habeas corpus (originário) como substitutivo de recurso, dada a clareza do texto constitucional, que prevê expressamente a via recursal própria ao enfrentamento de insurgências voltadas contra acórdãos que não atendam às pretensões veiculadas por meio do writ nas instâncias ordinárias. 2. Verificada hipótese de dedução de habeas corpus em lugar do recurso cabível, impõe-se o não conhecimento da impetração, nada impedindo, contudo, que se corrija de ofício eventual ilegalidade flagrante como forma de coarctar o constrangimento ilegal. 3. A Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que a majorante de emprego de arma do roubo pode ser comprovada pela palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas. Daí que não se torna indispensável a apreensão da arma, com a posterior perícia, a fim de se constatar a sua potencialidade lesiva. **4. Não obstante, no caso em apreço, a arma de fogo foi devidamente apreendida e periciada, ficando demonstrado que estava sem munição, razão pela qual se impõe a exclusão da causa de aumento de pena. Precedentes.** 5. O regime prisional apropriado é o fechado, em face das circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. 6. Ordem não

2 CUNHA, Rogério Sanches, Manual de Direito Penal – Parte Especial, 6ª edição, 2014, Juspodvim, p. 289

conhecida, mas concedida de ofício a fim de, excluída a majorante do emprego de arma, reduzir a pena do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e 20 dias-multa.
(STJ , Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 13/08/2013, T6 - SEXTA TURMA)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTACIADO CONSUMADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. ARMA APREENDIDA E PERÍCIA REALIZADA. LESIVIDADE CONFIGURADA. DEMAIS PEDIDOS PREJUDICADOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para a configuração da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, não se exige a apreensão e a realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, desde que fique evidenciado o seu emprego por outros meios. **2. Esta Corte adota, ainda, o posicionamento no sentido de que, havendo a apreensão da arma utilizada para a prática delitiva e constatada, por meio de perícia, a ausência de potencialidade lesiva, por estar desmuniciado o artefato, não incide a aludida majorante.** 3. Hipótese em que a r. sentença condenatória consignou, de forma clara, que a arma usada no crime foi encontrada, tendo sido realizado exame que comprovou "a possibilidade desta vir a ser utilizada e ofender a integridade física de outrem", sendo, assim, impossível considerar o roubo como simples, com o decote da citada qualificadora. 4. Ficam, ademais, prejudicados os pedidos de redução da reprimenda, substituição da sanção corporal e fixação de regime aberto, à hipótese, visto que, conforme consignado, incabível o decote da qualificadora do emprego de arma de fogo, mantida, assim, a condenação do ora recorrente, diante da fundamentação expendida, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I, c.c o art. 71, do Código Penal. 5. Agravo regimental não provido.
(STJ - AgRg no REsp: 1335604 MG 2012/0158526-1, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 17/10/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/10/2013)

Insta ressaltar que a ausência de perícia da arma não impede a exclusão da majorante se ficar comprovado, por outros meios, que o revólver utilizado estava sem munição.

In casu, o auto de apreensão descreve a arma como desmuniciada; o policial que efetuou a prisão em flagrante, perante a autoridade policial, confirmou a condição do armamento; e o réu, em seu interrogatório, fez a mesma afirmação.

Ante o exposto, medida que se faz necessária é a descaracterização do roubo majorado por emprego de arma de fogo, passando a imputar ao recorrente o crime de roubo, em sua modalidade simples.

DA DOSIMETRIA DA PENA

No que diz respeito à dosimetria da pena aplicada, tal está a merecer alteração, senão vejamos:

O Magistrado singular, ao fixar a pena do apelante, manifestou-se nos seguintes termos:

> Tendo em vista o dever do Estado de responsabilizar o réu por sua conduta criminosa, passo a analisar os requisitos do art. 59 do CPB, visando à determinação da pena-base a ser-lhe imposta: o acusado é primário e não apresenta maus antecedentes; considerando a culpabilidade do agente, é bastante acentuada a reprovabilidade a ser-lhe aferida, tendo em vista sua atitude interna, visando à apropriação indevida de bem alheio; não há nos autos elementos suficientes para caracterizar a conduta social do denunciado; os motivos do crime dizem respeito à consecução de vantagens econômicas através de práticas condenáveis pela sociedade; dentre as consequências do delito destaca-se a insegurança que a sua ocorrência acarreta, já que o crime se deu em plena via pública. A violência urbana tem se mostrado um grave problema da sociedade atual e condutas como a do acusado agravam ainda mais tal situação. Considerando o comportamento da vítima, esta, de forma alguma, contribuiu para a atitude criminosa do acusado ou a facilitou.
>
> Levando-se em conta tais situações, fixo a pena-base a ser imposta ao acusado CARLOS LUÍS DE SOUSA FREIRE, já qualificado, em 04 (quatro) anos de reclusão pelo crime de roubo, atenuando-a em 06 (seis) meses, tendo em vista que o acusado confessou a prática do crime e ser o mesmo menor de vinte e um anos de idade na época do crime, aumentando-a de 1/3 (um terço), haja vista que o acusado cometeu roubo qualificado pelo emprego de arma, tornando a pena concreta e definitiva em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, por informação ao art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal Brasileiro.

O sentenciante, conforme se observa do trecho acima transcrito, fixou a pena base no mínimo legal e aplicou atenuante de 6 meses em virtude da confissão espontânea e da menoridade relativa.

O recorrente insurge-se contra o quantum de atenuação, já que entende que, por existirem duas atenuantes, a pena deveria ter sido reduzida em 1 (ano).

Porém, sabe-se que é entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça que "a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". (Súm. 231 – STJ)

Veja-se julgados do Superior Tribunal de Justiça em que é aplicado este entendimento:

> **EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231, DESTA EGRÉGIA CORTE SUPERIOR. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33, DA LEI DE TÓXICOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO "WRIT". PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. RECORRER EM LIBERDADE. SUPERVENIENTE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO PREJUDICADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA EGRÉGIA CORTE SUPERIOR. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA QUE O JUÍZO DA EXECUÇÃO ESTABELEÇA O ADEQUADO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA.**
>
> 1. Os Tribunais Superiores assentaram que o uso do remédio heroico se restringe a sanar ato ilegal de autoridade, que deve ser cessado de imediato, inadmitido seu uso indiscriminado como substitutivo de recursos e nem sequer para as revisões criminais. **2. Fixada a pena-base no mínimo legal não é possível a aplicação da atenuante da confissão espontânea, a teor do verbete nº 231, da Súmula desta Egrégia Corte Superior.** 3. Quanto à falta de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, o Tribunal "a quo" considerou as circunstâncias do caso concreto e concluiu que a paciente se dedica a atividade criminosa. Tal entendimento não pode ser revisto na via estreita do "habeas corpus" porque demandaria a revisão do conjunto fático-probatório, o que não é possível. Precedentes. 4. É importante ressaltar que devido aos termos

da Resolução nº 5/2012, do Senado Federal, após o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo impeditivo da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cabe ao magistrado singular avaliar as circunstâncias necessárias ao estabelecimento da medida. No entanto, não há como reconhecer o pleito quanto à referida substituição, pois os limites da pena aplicada impedem a concessão deste benefício pelo não alcance do requisito objetivo, conforme o art. 44, inciso I, do Código Penal. 5. A superveniência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória prejudica o pedido de recorrer em liberdade. Precedentes. 6. Afastado o óbice trazido pelo art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, em razão da declaração incidental de inconstitucionalidade deste dispositivo, realizada pela E. Suprema Corte, não há que se falar em impedimento à concessão de regime inicial diverso do fechado para o delito em tela, de modo que, em razão disto, cabe ao Tribunal de origem sopesar as demais exigências legais para o estabelecimento daquele que se afigurar adequado. 7. "Habeas corpus" não conhecido. Ordem concedida parcialmente, de ofício, para que o Juízo da Execução, excluídas as regras que estipulavam o regime fechado para o início do cumprimento da pena pelo crime de tráfico de entorpecentes, fixe o que entender adequado, observando as exigências previstas nos dispositivos respectivos do Código Penal.
(STJ - HC: 219643 SP 2011/0228545-4, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 17/12/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/02/2014)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DO ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II , DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. MENORIDADE RELATIVA. PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE OUTROS MEIOS DE PROVA. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. CRITÉRIO MERAMENTE ARITMÉTICO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 443 DESTE TRIBUNAL. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DO QUE O LEGALMENTE PERMITIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MODUS OPERANDI QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE. PRETENDIDA EXTENSÃO DA ORDEM. VIABILIDADE. IDENTIDADE DE SITUAÇÕES. PEDIDO DEFERIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.
1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade

> os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. **2. Em que pese o reconhecimento da existência da menoridade, conforme ressaltado pelo Tribunal a quo, tendo em vista que a pena-base foi fixada no seu patamar mínimo legal, 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, não há como ser aplicada na espécie a referida atenuante, uma vez que, a teor do entendimento sumulado por esta Corte, "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Súmula n.º 231 do STJ).** 3. Quanto ao pleito de afastamento da causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma, tal majorante não pode ser afastada, pois a jurisprudência desta Corte tem admitido a incidência do referido aumento de pena, mesmo na hipótese de não-apreensão do objeto, desde que fundamentado em outros meios de prova. 4. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal. 5. Inexiste violação à Súmula n.º 440 desta Corte Superior quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta da conduta delituosa, a evidenciar que a pena-base deixou de ser exasperada tão-somente em razão da benevolência das instâncias ordinárias. 6. Na hipótese dos autos, a sentença fixou idêntica pena privativa de liberdade para todos os réus, num claro indicativo de que eles se encontravam na mesma situação fático-processual. E, em grau de recurso, as sanções dos Corréus foram mantidas na íntegra. Cabível, assim, a extensão dos efeitos desse julgado. 7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação, reduzir a pena privativa de liberdade do Paciente para 5 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais 13 dias-multa, em regime inicial fechado. Defiro, outrossim, o pedido de extensão formulado em favor de JOSÉ PEREIRA DA SILVA JÚNIOR.
>
> (STJ - HC: 267394 SP 2013/0090135-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 07/11/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/11/2013).

Entretanto, levando-se em consideração que somente o apelante recorreu da sentença condenatória de primeiro grau (ainda que equivocada a atenuação aplicada pelo magistrado de piso, a qual conduziu a pena base abaixo do mínimo legal), não acolho o pleito de redução em 1 (um) ano, mas mantenho a atenuação de 6 (seis) meses, em obediência ao princípio da vedação da *reformatio in pejus*, pois não é possível alterar a sentença condenatória neste aspecto.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. CORREÇÃO, DE OFÍCIO, DE ERRO MATERIAL CONSTANTE NA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO NON REFORMATIO IN PEJUS. 1. A correção, de ofício, de erro material constante da sentença condenatória, em prejuízo do condenado, quando feito em recurso exclusivo da defesa configura inadmissível reformatio in pejus. 2. Resignando-se o Ministério Público quanto ao cálculo da pena definitiva, impossível sanar o erro material no julgamento de apelação defensiva. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento.
> (STJ, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 25/06/2013, T6 - SEXTA TURMA,)

Na **3ª fase da dosimetria**, o juízo a quo majorou a pena em 1/3 (um terço), em razão da presença de uma causa de aumento [emprego de arma, nos termos do inciso I, do Art. 157, do CPB], o que, conforme explicitado linhas acima, deve ser alterado, já que uma vez desmuniciada, a discutida arma não estaria apta a fazer configurar a causa de aumento de pena.

Por esta razão, fica a pena definitiva do apelante no patamar de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

No que toca à sanção pecuniária, que, segundo o método bifásico (STJ, REsp n.º 897876/RS e REsp n.º 671.195/RS), deve guardar proporção com a pena-base (que foi fixada no mínimo), considerando-se os vetores do art. 59 do CP, **mantenho-a no montante de 10 (dez) dias-multa, com cada dia-multa na razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato.**

No que tange ao regime prisional, tem-se que o magistrado determinou que a pena começasse a ser cumprida no semiaberto. Contudo, após as reformas anteriormente determinadas, tendo a reprimenda sido fixada em montante inferior a 4 (quatro) anos, medida que se impõe é a alteração do regime inicial para o aberto, em obediência ao art. 33, §2º, "c", Código Penal.

Como é sabido, somente fundamentação voltada a um grau elevado de periculosidade do sujeito poderia resultar na fixação de regime inicial mais gravoso do que aquele previsto tão só com base no quantum do apenamento imposto, nos termos da Súmula nº 719 do Supremo Tribunal Federal: "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Na espécie em comento, entendo que nada tenha sido produzido a indicar periculosidade exacerbada do sujeito ao ponto de fixação de regime mais

gravoso que o legal, de sorte que a sentença deve ser reformada, fixando-se o regime inicial aberto para cumprimento da pena em relação ao imputado apelante.

Por derradeiro, diante do novo "quantum" aqui estabelecido, há que se examinar, de ofício, a possibilidade de ocorrência da prescrição.

No caso dos autos, houve sentença condenatória, por meio da qual o apelante foi condenado na pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, com posterior recurso da defesa, tendo se operado o trânsito em julgado para a acusação.

Contudo, quando do recurso apelatório, o apenamento do acusado foi modificado, tendo sido reduzida a pena para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Sobre a contagem do prazo prescricional, assim dispõe o Código Penal Brasileiro, que:

> **Art. 109.** A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no §1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verficando-se:
> [...].
> V- em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou,sendo superior, não excede a dois;
> [...].
>
> **Art. 110.** A prescrição depois de transitar em julgado à sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.
> §1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou da queixa.

Deve-se considerar, ademais, que o apelante, quando da ocorrência do fato criminoso (09/09/2009), contava com menos de 21 (vinte e um) anos, pois nasceu em 06/09/1990 (fl.30), o que determina, nos termos do artigo 115, do Código Penal, a redução do prazo prescricional pela metade, *in verbis*:

> **Art. 115.** São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

Acrescente-se que o artigo 114, inciso II, do Código Penal, estabelece que a prescrição da pena de multa ocorrerá no mesmo prazo estabelecido para prescrição

da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

Assim, considerando o redimensionamento da pena restritiva de liberdade aplicada ao apelante, de 04 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão por este Tribunal de Justiça, deve-se, de ofício, declarar extinta a punibilidade do recorrente, em consonância com o art. 61 do CPP, tendo em vista que transcorreram mais de 04 (quatro) anos desde a data da publicação da sentença penal condenatória recorrível (11/02/2010), com esteio no que determina o artigo 107, IV, c/c artigo 109, inciso V, c/c artigo 110, §1º, artigo 114, II e artigo 115, todos do Código Penal Brasileiro.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, voto no sentido de CONHECER e DAR PACIAL PROVIMENTO ao recurso do apelante, retirando a majorante de emprego de arma no crime de roubo e reduzindo, consequentemente, a pena privativa de liberdade aplicada, alterando, ainda, o regime inicial de cumprimento de pena.

De ofício e tendo em vista a reforma no quantum penal, declaro extinta a punibilidade do apelante, quanto ao delito disposto no art. 157 do Código Penal, em virtude da prescrição superveniente da pretensão punitiva do Estado.

É como voto.

Fortaleza, 7 de outubro de 2014

.

PROCESSO Nº 0000297-19.2004.8.06.0165
APELAÇÃO CRIMINAL
APELANTE: JOSE EDMAR DE CASTRO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. CORRUPÇÃO DE MENORES. *ABOLITIO CRIMINIS*. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA A SER RECONHECIDA DE OFÍCIO.

1. Apelante José Edmar de Castro condenado à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, pelo cometimento do crime de corrupção de menores.

2. De início, destaco a existência de questão prejudicial a ser reconhecida de ofício, pois, em 2009, com o advento da Lei 12.015/2009, que alterou o Título VI da Parte Especial, do Código Penal, a redação do art. 218 foi modificada, passando a punir aquele que induz menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem.

3. Percebe-se, desta forma, que a corrupção sexual de menores com idade entre 14 (catorze) e 18 (dezoito) anos, nos moldes da antiga redação do art. 218, deixou de ser protegida pelo Direito Penal, vez que não mais existe no estatuto repressor.

4. Importa ressaltar que o tipo contido no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, também denominado "corrupção de menores", traz em seu teor a vontade do legislador de proteger o menor da iniciação na "vida criminosa", já que pune aquele que comete infração na companhia de adolescente ou o induz a cometê-la, não tendo, pois, qualquer conotação sexual.

5. Assim, tendo em vista que a lei penal, quando mais benéfica ao réu, deve retroagir, não resta outra alternativa senão concluir pela *abolitio criminis* no caso em comento. RECURSO PREJUDICADO, COM A DECLARAÇÃO,

DE OFÍCIO, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DE JOSÉ EDMAR DE CASTRO, EM VIRTUDE DE *ABOLITIO CRIMINIS*.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº 0000297-19.2004.8.06.0165, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade e em dissonância com o parecer ministerial, em julgar prejudicado o recurso e, de ofício, extinguir a punibilidade do réu José Edmar de Castro, em razão de *abolitio criminis*, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia contra JOSE EDMAR DE CASTRO, devidamente qualificado na delatória, pela prática dos crimes previstos no art. 218 e 220 c/c 222 e 226, III do Código Penal.

Em aditamento, foi incluída a capitulação do art. 243 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Narra a acusação, em síntese, que no dia 21 de março de 2004, por volta das 21:00h, o réu, com o consentimento da adolescente Jocasta Araújo Duarte, retirou-a indevidamente da esfera de proteção jurídica de seus pais.

Em 07/04/2004, o acusado repetiu o procedimento, contra a vontade dos pais da garota, vindo inclusive a coabitar com a mesma por longo período na cidade de Fortaleza.

Diz a delatória, que o acusado aproveitava para praticar atos libidinosos com a adolescente, prometendo trocar a esposa por ela.

Na peça que aditou a denúncia, o Parquet afirma que ficou constatado, ainda, que o réu, durante seus encontros com a jovem, tinha o costume de oferecê-la bebidas alcoólicas.

Denúncia e aditamento recebidos em 13 de junho de 2005, como bem se observa à fl. 51 dos autos.

Finda a instrução do feito, sobreveio sentença de fls. 183/189, datada de 22/04/2007, por meio da qual foi julgado parcialmente procedente o pedido constante na denúncia, para condenar o réu José Edmar de Castro, nas sanções do art. 218 c/c art. 71, do Código Penal.

O magistrado de primeiro grau fixou a pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão para o crime de corrupção de menores, a serem cumpridos em regime inicialmente aberto.

Posteriormente, a reprimenda foi convertida em duas penas restritivas de direitos (prestação pecuniária de 10 salários-mínimos e prestação de serviços à comunidade).

Razões recursais apresentadas pelo apelante (fls. 226/231), requerendo a diminuição do valor pecuniário imposto em sede de sentença, ante a sua incapacidade financeira.

Contrarrazões às fls. 232/233.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer às fls. 249/252, datado de 03 de maio de 2011, opinando pelo conhecimento do recurso, para dar-lhe improvimento.

Os autos vieram-me conclusos em 12/12/2013 (fl. 260).

É o relatório.

À Douta Revisão.

VOTO

DO RECONHECIMENTO DE QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA

De início, destaco a existência de questão prejudicial a ser reconhecida de ofício:

Compulsando os autos, vê-se que o recorrente foi condenado, em 1ª instância, pela prática do delito de corrupção de menores, disposto no art. 218, Código Penal, tendo a vítima, quando do cometimento do crime, 16 (dezesseis) anos de idade.

Importa ressaltar que, à época do fato e da condenação, estava vigente a seguinte redação do artigo 218, Código Penal:

> Art. 218 - **Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo:**
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Percebe-se, pela leitura do dispositivo, que o legislador, quando da elaboração da norma, buscou punir aquele que corrompesse pessoa com idade entre 14

(catorze) e 18 (dezoito) anos, praticando ato de libidinagem ou induzindo o menor a praticar ou presenciar tais atos.

Em 2009, com o advento da Lei 12.015/2009, que alterou o Título VI da Parte Especial, do Código Penal, a redação do art. 218 foi modificada, passando a conter o seguinte teor:

> **Corrupção de Menores**
> Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos

Vê-se, pois, que o sujeito passivo do delito passou a ser o menor de 14 (catorze) anos, quando induzido a satisfazer a lascívia de outrem.

Neste sentido, ressalta Rogério Greco[1]:

> A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, dando nova redação ao art. 218 do Código Penal, passou a entender como corrupção de menores o fato de induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem.
> (...)
> **Inicialmente, vale ressaltar que, em sua redação original, o art. 218 do Código Penal entendia como delito de corrupção de menores a conduta de corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) anos e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou a presenciá-lo. A nova redação constante do art. 218 do Código Penal mudou significativamente seus elementos, uma vez que o tipo penal prevê o delito de corrupção de menores quando o agente induz alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem.**
> De acordo com a redação legal, podemos apontar os seguintes elementos que integram a mencionada figura típica: a) a conduta de induzir alguém; b) com a finalidade de satisfazer lascívia de outrem.

Pois bem, percebe-se, desta forma, que a corrupção sexual de menores de 18 (dezoito) anos e maiores de 14 (catorze) anos, nos moldes da antiga redação do art. 218, deixou de ser protegida pelo Direito Penal, vez que não mais existe no estatuto repressor.

Assim, operou-se verdadeira *abolitio criminis*, já que inexiste crime que contemple a conduta de praticar ato de libidinagem com pessoa entre 14 (catorze) e

1 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Vol. 2, 10ª edição, 2013, Impetus, p. 547/548

18 (dezoito) anos, com seu consentimento, sem existir intenção de favorecimento à prostituição.

Importa ressaltar que o tipo contido no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, também denominado de "corrupção de menores", traz em seu teor a vontade do legislador de proteger o menor da iniciação na "vida criminosa", já que pune aquele que comete infração na companhia de adolescente ou o induz a cometê-la, não tendo, pois, qualquer conotação sexual.

Corroborando com este entendimento, veja-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> **EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE CORRUPÇAO DE MENORES. ART. 218 DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA PRATICADA ANTERIORMENTE À ALTERAÇAO PROMOVIDA PELA LEI N.º 12.015/09. VÍTIMA MAIOR DE 14 (QUATORZE) E MENOR DE 18 (DEZOITO) ANOS. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. ARTS. 2.º E 107, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇAO DA PUNIBILIDADE PELA RETROATIVIDADE DE LEI QUE NAO MAIS CONSIDERA O FATO COMO CRIMINOSO. RECURSO PROVIDO.**
>
> **1. A Lei n.º 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou, em profundidade, os crimes de corrupção de menores, previstos no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ela ainda revogou, expressamente, a Lei n.º 2.252/1954, que também tratava desse instituto.**
>
> **2. O art. 218 do Código Penal visa evitar a mácula sexual daqueles em processo de desenvolvimento, definindo corrupção de menores como a conduta de "[i]nduzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem".**
>
> **3. O art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, tem o escopo de proteger a formação moral, punindo quem "corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la", para evitar sua incursão no mundo da criminalidade.**
>
> **4. Nesse contexto, verifica-se uma lacuna legislativa, em consonância com a nova sistemática para a delicada questão da tutela da dignidade sexual dos menores, no caso da prática consentida de conjunção carnal ou ato de libidinagem com adolescente maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos, que não esteja inserido em um contexto de favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual, como é o caso dos autos.**
>
> **5. Recurso provido para absolver o Réu, com fundamento nos arts. 2.º e 107, inciso III, do Código Penal.**

(REsp 1218392/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 28/05/2012)

EMENTA: *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. CORRUPÇÃO DE MENORES. ART. 218, DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA PRATICADA ANTERIORMENTE À ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI N.º 12.015/09. VÍTIMA MAIOR DE 14 (QUATORZE) E MENOR DE 18 (DEZOITO) ANOS. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. ARTS. 2.º E 107, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA RETROATIVIDADE DE LEI QUE NÃO MAIS CONSIDERA O FATO COMO CRIMINOSO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso do *habeas corpus* e não mais o admitem como substitutivo de outros recursos e nem sequer para as revisões criminais. **2. Com a publicação da Lei nº 12.015/09, esta Corte Superior de Justiça firmou orientação no sentido de que a corrupção sexual de maiores de 14 (quatorze) anos e menores de 18 (dezoito) anos deixou de ser tipificada no Estatuto Repressivo, operando-se em relação à conduta verdadeira *abolitio criminis*, como é o caso dos autos.**

3. Habeas corpus não conhecido por ser substitutivo do recurso cabível. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atipicidade da conduta e trancar a Ação Penal nº 35627-87.2010.809.0099 (201000356277).

(STJ - HC: 273582 GO 2013/0222402-0, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 17/09/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2013)

Assim, tendo em vista que a lei penal, quando mais benéfica ao réu, deve retroagir, não resta outra alternativa senão concluir pela *abolitio criminis* no caso em comento.

Em consonância com este entendimento, veja-se:

EMENTA: (...) CORRUPÇÃO SEXUAL DE MENOR (ARTIGO 218 NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.015/2009). ALEGADA ABOLITIO CRIMINIS. CRIME QUE DEIXOU DE SER TIPIFICADO NA LEGISLAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO NO ARTIGO 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO PACIENTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. O artigo 218 do Código Penal, com a redação anterior à Lei 12.015/2009, punia a conduta daquele que corrompe ou facilita a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou a

> **presenciá-lo. 2. Com o advento da Lei 12.015/2009, referido dispositivo legal passou a incriminar a conduta de quem induz menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem, sendo que no artigo 218-A passou-se a punir quem pratica, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou o induz a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer a lascívia de outrem. 3. Como se pode ver, com a reforma empreendida pela Lei 12.015/2009, a corrupção sexual de maiores de 14 (catorze) anos e menores de 18 (dezoito) deixou de ser tipificada no Código Penal, operando-se verdadeira *abolitio criminis*. 4. Não se pode afirmar que a conduta incriminada no antigo artigo 218 do Código Penal continuou sendo tipificada na legislação penal, agora no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois o ilícito previsto na Lei 8.069/1990 corresponde ao que estava disposto na Lei 2.252/1954, agora revogada, não trazendo em seu conteúdo qualquer conotação sexual. Precedentes. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para extinguir a punibilidade do paciente quanto ao delito de corrupção sexual de menor, mantendo-se, no mais, as conclusões do aresto objurgado**.
> (STJ, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 02/05/2013, T5 - QUINTA TURMA)

Isto posto, com fundamento no art. 107, inciso III, do Código Penal, torno extinta a punibilidade do réu JOSÉ EDMAR DE CASTRO, pela aplicação retroativa da Lei n.º 12.015/2009.

É como voto.

Fortaleza, 3 de fevereiro de 2015

PROCESSO: 0058949-92.2011.8.06.0000- APELAÇÃO
APELANTES: FRANCISCO MELO DA SILVA, ALEX DO NASCIMENTO FERREIRA E FRANS KENNED LEITE DE CARVALHO
APELADO:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 157, §2º, I E II, DO CPB. RECURSOS DEFENSIVOS. 1. PRIMEIRO APELANTE. TESE NEGATIVA DE AUTORIA. DESCABIMENTO. CONTEÚDO PROBATÓRIO SUFICIENTE. PALAVRA DA VÍTIMA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO EXISTENTES NOS AUTOS. APREENSÃO DA *RES* NA POSSE DO RECORRENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 2. RECURSO DOS CORRÉUS. 2.1 NULIDADES. CERCEAMENTO DE DEFESA. 2.1.1. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO PATRONO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. ATO REALIZADO NA PRESENÇA DE DEFENSOR NOMEADO. AUSÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO. MATÉRIA NÃO ARGUIDA NA FASE OPORTUNA. PRECLUSÃO. 2.1.2. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO SEM A MANIFESTAÇÃO DA DEFESA ACERCA DE TESTEMUNHA FALTOSA. DESCABIMENTO. ADVOGADO PRESENTE QUE NÃO SE INSURGIU NO ATO, NEM POR OCASIÃO DOS MEMORIAIS. MATÉRIA PRECLUSA. ALIADA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. NULIDADES REJEITADAS – INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CPP. 2.2. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. DESCABIMENTO. TESE DEFENSIVA NÃO COMPROVADA. CONTRIBUIÇÃO ATIVA NO MOMENTO DO CRIME. PERMANÊNCIA NO

VEÍCULO DANDO COBERTURA E AGUARDANDO O DESLINDE PARA DAR FUGA AOS DEMAIS. 2.3. PENA EXACERBADA. CABIMENTO. INOBSTANTE MANTIDA A PENA-BASE FIXADA NA ORIGEM, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS A TODOS OS AGENTES (DISPARO DE ARMA DE FOGO QUE LESIONOU A VÍTIMA), PROMOVE-SE A REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS IMPOSTAS AO SEGUNDO E TERCEIRO APELANTES, CORRINGINDO-SE A INVERSÃO DE FASES OPERADA POR OCASIÃO DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO E, AUMENTANDO-SE, *EX OFFICIO*, A FRAÇÃO ATENUANTE RELATIVA AO ART. 65, I, DO CPB, FACE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Recursos conhecidos. Desprovido o interposto pelo primeiro apelante e parcialmente provido o apelo dos demais, para modificar-lhes as reprimendas impostas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de nº 0058949-92.2011.8.06.0000 em que foram interpostos recursos de apelação por Francisco Melo da Silva, Alex do Nascimento Ferreira e Frans Kenned Leite de Carvalho contra sentença proferida no Juízo da 16ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, pela qual restaram condenados pela prática de crime previsto no art.157, §2º, I e II, Código Penal Brasileiro.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer dos apelos e negar provimento ao interposto por Francisco Melo da Silva. Quanto aos demais réus - Alex do Nascimento Ferreira e Frans Kenned Leite de Carvalho -, acordam em dar parcial provimento ao seu apelo, para lhes impor o cumprimento de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto mediante progressão, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal Brasileiro, mantidos os demais termos da sentença, em consonância com o voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2014.

VOTO

Preliminarmente, declaro conhecer dos apelos, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Conforme já relatado, trata-se de recursos de apelação interpostos por Francisco Melo da Silva, Alex do Nascimento Ferreira e Frans Kenned Leite de Carvalho contra sentença proferida no Juízo da 16ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, pela qual restaram condenados pela prática de crime previsto no art.157, §2º, I e II, Código Penal Brasileiro.

A insurgência dos condenados reside nos seguintes pontos:

> 1. nulidade decorrente da não intimação da Defesa de Alex e Frans da expedição de carta precatória para a oitiva das vítimas;
> 2. nulidade decorrente do fato de que não se oportunizou à mesma Defesa se manifestar sobre a ausência de testemunhas na instrução criminal;
> 3. erro na dosimetria da pena, em relação a ambos, primeiro em virtude da não observação da necessidade de individualização de reprimendas; segundo, em razão de que se promoveu a atenuação das penas posteriormente à sua majoração; terceiro, pelo fato de não se haver considerado a causa especial de diminuição de pena cabível, uma vez configurada a participação de menor importância, nos termos do art. 29, §1º, do Código Penal Brasileiro; e
> 4. tese negativa de autoria por parte do corréu Francisco Melo da Silva.

Do compulsar dos autos, vejo que merece parcial provimento o recurso interposto pelos réus Alex e Frans; quanto ao formulado por Francisco Melo da Silva, não há como ser acolhido. Explico.

Das preliminares.

Diz-se da existência de nulidade decorrente da não intimação da Defesa acerca da expedição de carta precatória para a oitiva das vítimas. De fato, vejo que não se levou a efeito o ato intimatório, no entanto, observo que preclusa a matéria, uma vez que não suscitada na época oportuna. Igualmente vejo que não se evidenciou qualquer prejuízo, pelos seguintes motivos:

> 1. presente ao ato membro da Defensoria Pública nomeado, a quem foi dado o regular direito de intervenção; e
> 2. Ana Carolina Silveira Coutinho (fl. 155), uma das vítimas, apenas confirmou o que houvera pronunciado em sede de inquérito policial,

> aliado ao fato de que, em ambas as ocasiões, nada de relevante, quanto aos dois apelantes – Alex e Frans – revelou, não se podendo atribuir às suas declarações em Juízo o maior peso para a condenação; igualmente se infere do depoimento prestado na fase judicial por Renato Mascarenhas Alves, em sede de carta precatória (fl. 156).

Nesse sentido, importante observar as reiteradas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a não intimação da expedição de carta precatória constitui nulidade de natureza relativa. Nesse sentido:

> **STF Súmula nº 155 -** 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 85*.
> **Nulidade do Processo Criminal - Falta de Intimação - Expedição de Precatória para Inquirição de Testemunha**
> É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha.
>
> EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.
> 1. Implicaria indevida dupla supressão de instância o exame, por esta Suprema Corte, de matéria não suscitada no recurso aviado perante a Corte Estadual e não apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça. 2. Consoante jurisprudência desta Suprema Corte, a falta de intimação de Carta precatória para oitiva de testemunha configura nulidade relativa. Precedentes. 3. Em processo, especificamente em matéria de nulidades, vigora o princípio maior de que, sem prejuízo, não se reconhece nulidade (art. 563 do CPP). 4. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.
> (STF - RHC: 119817 SP , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 18/02/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-056 DIVULG 20-03-2014 PUBLIC 21-03-2014)
>
> HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. ROUBO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR A RESPEITO DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE ARGUIÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO POR FALTA DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. COMPROVAÇÃO, A PARTIR DE

INFORMAÇÕES PRESTADAS PELA AUTORIDADE COATORA DE QUE HOUVE A REGULAR PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL.
1. Firmou-se nesta Casa o entendimento de que a ausência de intimação a respeito da expedição de carta precatória gera nulidade relativa, que requer a arguição em momento oportuno e comprovação do efetivo prejuízo. 2. No caso presente, vê-se que o patrono, mesmo cientificado sobre o teor das audiências realizadas no Juízo deprecado, quedou-se inerte, o que torna preclusa a matéria. Além disso, na ocasião dos depoimentos, o ora paciente esteve assistido por defensor. 3. Descabe falar em nulidade do julgamento da apelação por falta de ciência do advogado constituído quando as informações prestadas pelo Tribunal de origem dão conta de que houve a regular publicação na imprensa oficial. 4. Ordem denegada.
(STJ - HC: 50820 RJ 2005/0202984-4, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 29/09/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/10/2009)

APELAÇÃO CRIMINAL - DISPARO DE ARMA DE FOGO - NULIDADE - AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DO JUÍZO DEPRECADO E FALTA DE INTIMAÇÃO DE SEU DEFENSOR ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA - REJEIÇÃO - REDUÇÃO DA PENA PARA O MÍNIMO LEGAL - POSSIBILIDADE - ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA - RECONHECIMENTO - PRESCRIÇÃO RETROATIVA - OCORRÊNCIA DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR AO PRESCRICIONAL ENTRE A OCORRÊNCIA DOS FATOS E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA DE OFÍCIO.
A nulidade aventada trata-se de nulidade relativa, conforme prevê a Súmula 155 do Supremo Tribunal Federal, dependendo para o seu reconhecimento de comprovação de prejuízo para a defesa. Verificado que o d. Sentenciante agiu com excesso quando da fixação da pena-base, mister sua redução. Constatado que ao tempo do fato o réu era menor de 21 anos de idade, necessário o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso I, do CP. Se entre data do fato e o recebimento da denúncia transcorre lapso temporal necessário à configuração da prescrição deve-se declarar a extinção da punibilidade do acusado, com base no art. 107, IV do CP.
(TJ-MG - APR: 10512060391491001 MG , Relator: Paulo Cézar Dias, Data de Julgamento: 03/12/2013, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/12/2013)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA POR EDITAL. AUDIÊNCIA REALIZADA COM DEFENSOR "AD HOC". NULIDADE RELATIVA. FALTA DE INDICAÇÃO DO PREJUÍZO PARA A DEFESA. ARTS. 333, DO CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIGURADAS. PROVA

TESTEMUNHAL. POLICIAIS FEDERAIS. POSSIBILIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E PENA DE MULTA APLICADAS NO MÍNIMO LEGAL. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de que a ausência de intimação da expedição de carta precatória constitui nulidade relativa, nos termos do verbete sumular n.º 155, que depende, para ser declarada, de demonstração de efetivo prejuízo. 2. Embora tenha havido a intimação do acusado e da Defensoria Pública por edital para a audiência de oitiva das testemunhas de acusação, não houve prejuízo à defesa, porque o não comparecimento do Defensor Público naquele ato foi suprido pelo Juízo Singular, com a nomeação de defensor ad hoc, justamente para garantir a defesa dos interesses do acusado. 3. Defesa que se restringe a alegar a existência de nulidade absoluta apenas pela ausência de intimação pessoal, sem apontar,objetivamente, quais foram os prejuízos suportados pelo recorrente. 4. Ausência de prova efetiva de prejuízo em decorrência de nomeação de defensor ad hoc para a realização do ato, com aplicação do disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, ou seja, em matéria penal nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado prejuízo, que consoante exposto, não foi comprovado. 5. Réu que foi preso pelo crime de corrupção ativa, por oferecer quantia em dinheiro, para evitar a formalização da multa pelo fato de que o caminhão que dirigia, carregado de laranjas de Umbaúba com destino à cidade Recife/PE, pela BR 101, estar eivado de irregularidades no tacógrafo e no peso do veículo. Oferecimento de R$20,00 (vinte reais) para o Policial Rodoviário Federal para que ele não preenchesse a multa. 6. Delito de corrupção ativa consumado, ainda que os agentes públicos não tenham aceitado o suborno. Materialidade e autoria comprovadas pela prova testemunhal. 7. As testemunhas arroladas na denúncia, policiais rodoviários federais que efetuaram a abordagem do acusado, confirmaram, em juízo, os seus depoimentos prestados na fase inquisitorial no sentido de que o acusado ofereceu o dinheiro (cerca de R$ 20,00) que se encontrava dentro da CRLV. 8. Alegação do Réu de que o dinheiro na CRLV serviria apenas para se proteger da ação de bandidos. Todavia, caso fosse esta sua intenção, seria mais lógico deixar um pequeno dinheiro na carteira e a maior parte escondida em qualquer outro lugar. No caso em exame, aconteceu justamente o contrário: o acusado guardou dentro do CRLV R$ 20,00, mas carregava consigo na sua carteira, mais suscetível de ser roubada por ação de bandidos, o valor de R$ 85,00 e um cheque no valor R$ 4.300,00. 9. Sopesados os requisitos do art. 59, do Código Penal, a pena-base do crime previsto no art. 333, do CP, foi aplicada no mínimo legal, tornando-se definitiva em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, correspondendo um deles a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. 10. Manutenção da substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em uma pena de prestação de serviços à comunidade e uma pena pecuniária de fornecimento de 02 (duas) cestas básicas durante todo o período de cumprimento da pena, a entidades a serem indicadas pelo Juízo das Execuções Penais. 11. Apelação do Réu improvida.

> (TRF-5 - APR: 14701820114058500 , Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano, Data de Julgamento: 24/07/2014, Terceira Turma, Data de Publicação: 01/08/2014)
>
> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRELIMINAR ARGUIDA: FALTA DE INTIMAÇAO DA DEFESA ACERCA DA EXPEDIÇAO DA CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA. NULIDADE RELATIVA NOS TERMOS DA SÚMULA 155 DO STF. DEFENSOR NOMEADO COMPARECE À AUDIÊNCIA REALIZADA QUE ATUA DE FORMA EFETIVA E DILIGENTE. AUSÊNCIA QUALQUER PREJUÍZO. PRELIMINAR RECHAÇADA NOS TERMOS DO ART 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MÉRITO: PRONÚNCIA. MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇAO. PROVADA A MATERIALIDADE DO CRIME E HAVENDO INDÍCIOS DE AUTORIA DELITIVA, TEM LUGAR A SUBMISSAO DO RÉU A JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. - "É consolidado o entendimento da Suprema Corte no sentido de que a ausência de intimação da expedição de carta precatória para inquirição de testemunhas constitui nulidade relativa, nos termos do verbete sumular n.º 155, que depende, para ser declarada, de demonstração de efetivo prejuízo, o que não se constatou na hipótese sub examine, até porque foi nomeado defensor dativo aos acusados." - Na sentença de pronúncia, não é preciso a prova plena da autoria; basta que o juiz se convença da existência do crime e de indícios suficientes da autoria para pronunciar o acusado, e levá-lo a julgamento pelo tribunal do júri. - Apenas a prova incontroversa da inexistência da materialidade delitiva, ou dos indícios de autoria, nos termos do art. 414 do CPP poderia ensejar a despronúncia do acusado e a consequente subtração do caso ao julgamento pelo Júri Popular. RECURSO IMPROVIDO. PRONÚNCIA MANTIDA. DECISAO UNÂNIME.
> (TJ-SE - RECSENSES: 2012301247 SE , Relator: DES. LUIZ ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA, Data de Julgamento: 10/04/2012, CÂMARA CRIMINAL)

Nisso, impende observar que os recorrentes alegam que a omissão, quanto à sua intimação, impediu o exercício da ampla defesa, uma vez que restou impossível a inquirição da vítima quanto à atuação dos apelantes na cena criminosa, não se podendo olvidar da tese de participação de menor importância suscitada.

Apesar de se tratar de matéria atinente ao mérito, desde já esclareço que esta Relatoria acolhe o entendimento no sentido de que a ação de dar cobertura ao corréu no momento da prática delituosa se adéqua perfeitamente ao conceito de coautoria, inadmitida, portanto, alegação de participação sob essas circunstâncias. Nesse sentido:

REVISÃO CRIMINAL. ROUBO QUALIFICADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO IMPOSITIVA. PENA. ALEGAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. REQUERENTE QUE SE MANTEVE NO EXTERIOR DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL ATACADO, DANDO COBERTURA AO COMPARSA, BEM COMO O AGUARDANDO PARA EMPREENDER FUGA NA MOTOCICLETA QUE PILOTAVA. APENAMENTO ADEQUADO À ANÁLISE DOS VETORES DO ARTIGO 59, DO CÓDIGO PENAL. REVISÃO JULGADA IMPROCEDENTE. UNÂNIME. (Revisão Criminal Nº 70053640660, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 06/12/2013)
(TJ-RS - RVCR: 70053640660 RS , Relator: Newton Brasil de Leão, Data de Julgamento: 06/12/2013, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/12/2013)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. ART. 157, § 2º, I e II, DO CÓDIGO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ART. 14, DA LEI 10.826/03. RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAJORAÇÃO DA PENA DOS APELADOS. INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. APLICAÇÃO DO ART. 67, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO INTERPOSTO POR VANDERSON FERREIRA DE BRITO. ATENUANTE INOMINADA. APELANTE PARAPLÉGICO APÓS O FATO. INAPLICABILIDADE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. CO-AUTORIA VERIFICADA. REDUÇÃO DAS CAUSAS DE AUMENTO PARA FRAÇÃO MÍNIMA. SÚMULA 433 DO STJ. INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE.
- Quando a dosimetria da pena é pautada no Código Penal e jurisprudência correspondente, sendo as circunstâncias arrazoadas pelo magistrado na discricionariedade legal a ele conferida, não há qualquer ilegalidade. - Verifica-se a aplicação da atenuante inominada ou genérica quando diante de uma circunstância anterior ou posterior ao fato é capaz de se verifcar uma menor culpabilidade do agente. - Não se verifica participação de menor importância, mas sim em co-autoria, quando o réu dirige até local do fato e espera no veículo automotor para promover eventual fuga, dando-o cobertura enquanto o co-réu abordava a vítima. - O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 443 dispondo sobre a necessidade de fundamentação concreta para o aumento na terceira fase da aplicação da pena no roubo majorado. HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE OBRIGATÓRIA. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. AUMENTO

SUPERIOR AO MÍNIMO. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. 1. Se a sentença e o acórdão utilizaram-se da confissão espontânea do acusado para corroborar o acervo provatório e concluir pela sua condenação, é obrigatória a atenuação da pena (art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal). 3. A reincidência
(TJ-RN - ACR: 160046 RN 2010.016004-6, Relator: Des. Rafael Godeiro, Data de Julgamento: 13/12/2011, Câmara Criminal)

APELAÇÕES CRIMINAIS. RECURSOS DAS DEFESAS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, § 2º, I E II, DO CP). PEDIDO DE CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. APELANTE QUE SE ENCONTRA CUMPRINDO PENA EM REGIME ABERTO. PROGRESSÃO DE REGIME CONCEDIDA PELO JUÍZO DE ORIGEM. PERDA DO OBJETO. NÃO CONHECIMENTO DOS REQUERIMENTOS. PRELIMINAR. MANIFESTAÇÃO DE PRÓPRIO PUNHO DO ACUSADO DE QUE NÃO DESEJA RECORRER. DEFENSOR QUE, DENTRO DO PRAZO LEGAL, MESMO ASSIM, INTERPÔS RECURSO DE APELAÇÃO. CONHECIMENTO. LEGITIMIDADE AUTÔNOMA PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. EXEGESE DA SÚMULA N. 705 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PALAVRAS DAS VÍTIMAS ALIADAS AOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE CONFIRMAM EFETIVO AUXÍLIO NA CONDUTA DELITIVA PERPETRADA PELO CODENUNCIADO. APELANTE QUE PERMANECEU NAS PROXIMIDADES DA EMPRESA VÍTIMA DANDO COBERTURA NA CONSUMAÇÃO DELITIVA, AUXILIANDO NA FUGA DO COMPARSA. HIPÓTESE DE COAUTORIA. APREENSÃO DE PARTE DA RES FURTIVA EM PODER DO ACUSADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CONJUNTO PROBATÓRIO COESO QUE NÃO DEIXA DÚVIDAS DO ENVOLVIMENTO DO APELANTE NO CRIME DE ROUBO. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO. INOCORRÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA (ARTIGO 29, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). CONDUTA RELEVANTE PARA O SUCESSO DA EMPREITADA CRIMINOSA. CONDENAÇÃO MANTIDA. CONSUMAÇÃO. CRIME COMPLEXO. DELITO QUE SE CONSUMA NO MOMENTO EM QUE O ASSALTANTE SE TORNA POSSUIDOR DA RES. TEORIA DA AMOTIO. DESNECESSIDADE DE POSSE MANSA E PACÍFICA DO BEM. CRIME CONSUMADO. "Firmou-se em Plenário a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que 'o roubo está consumado se o ladrão é preso em decorrência de perseguição imediatamente após a subtração da coisa, não importando assim que tenha, ou

não, posse tranqüila desta'" (HC n. 89488, relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 27/05/2008). PLEITO DE AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DE EMPREGO DE ARMA. IMPOSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO. PALAVRAS DAS VÍTIMAS QUE NÃO DEIXAM DÚVIDAS QUANTO AO SEU EMPREGO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA MANTIDA. DOSIMETRIA. REFORMA DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. TERCEIRA FASE. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE TRÊS OITAVOS EM FACE DAS DUAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA A JUSTIFICAR O QUANTUM. APLICAÇÃO DA SÚMULA 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO EM SEU MÍNIMO LEGAL (1/3). AFASTAMENTO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO (ARTIGO 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). AUSÊNCIA DE PEDIDO FORMAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. FATOS OCORRIDOS ANTERIORMENTE A ENTRADA EM VIGOR DA NOVA REDAÇÃO DADA AO ARTIGO 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELA LEI 11.719/2008. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVA DA LEI POR SER DESFAVORÁVEL AO ACUSADO (ARTIGO 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). RECURSOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E PROVIDOS EM PARTE.
(TJ-SC - ACR: 424940 SC 2010.042494-0, Relator: Hilton Cunha Júnior, Data de Julgamento: 18/02/2011, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal (Réu Preso) n. , de Criciúma)

APELAÇÕES CRIMINAIS - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS - AUTORIA E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE COMPROVADAS - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE NO CRIME DE ROUBO - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - INOCORRÊNCIA - AGENTE QUE PLANEJA E DÁ COBERTURA À EXECUÇÃO DO CRIME - GRAVIDADE DO DELITO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE LEVAM AO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME SEMI-ABERTO - RECURSOS DESPROVIDOS. Está sedimentada na jurisprudência a impossibilidade de reconhecimento do privilégio estatuído no § 2º do art. 155 do Estatuto Penal, quando se tratar de crime de roubo. O agente que fica à espreita, dando cobertura ao seu comparsa, aguardando-o em cima da motocicleta para posteriormente empreender fuga, não incide na participação de menor importância, prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal, mas sim em co-autoria. Tratando-se de crime contra o patrimônio, a apreensão da res em poder do agente

> implica inversão do ônus da prova, cabendo à defesa apresentar justificativa convincente para o ocorrido.
> (TJ-SC - APR: 366010 SC 2004.036601-0, Relator: Solon d´Eça Neves, Data de Julgamento: 02/08/2005, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n. , de Tubarão.)

Portanto, *a priori*, em se confirmando que os apelantes deram cobertura à ação perpetrada por Francisco Melo da Silva e pelo adolescente Gláuber, não há como se acolher o entendimento de que atuaram com participação de menor importância, restando, por mais esse motivo, afastada a possibilidade de eventual prejuízo alegado pelos apelantes.

É de ser rejeitada essa primeira preliminar.

No que concerne à segunda nulidade alegada, no sentido de que não se oportunizou à mesma Defesa se manifestar sobre a ausência de testemunhas à instrução criminal, vejo que igualmente impossível o seu acolhimento, uma vez a Defesa técnica se fez presente ao ato judicial, contra ele não se insurgiu de imediato, tanto que nada restou consignado no respectivo termo. Tampouco o fez por ocasião das alegações finais. Deixou para reclamar na presente ocasião nos seguintes termos:

> "Quando da audiência, designada para oitiva de testemunhas do 2º apelante (arroladas às fls. 110), estas deixaram de comparecer (fls. 173) . Ocorre, que ao invés de redesignar e mandar conduzir as testemunhas, o Magistrado decidiu pelo encerramento da instrução, embora estivesse presente Patrono dos apelantes em audiência, o qual sequer foi instado a se manifestar sobre a ausência das testemunhas, prejudicando assim a prova requerida e ocasionando desequilíbrio processual". (fl.247).

Ora, pelo próprio pedido, vê-se que a parte teve a oportunidade de se insurgir ali mesmo, por ocasião da audiência, e não o fez, o que torna a matéria preclusa.

Por outro lado, não cuidou de indicar o prejuízo efetivo experimentado com o proceder do Magistrado, situação que impede o reconhecimento de nulidade pleiteado.

Rejeita-se, igualmente, essa preliminar de mérito.

No que pertine às nulidades alegadas quanto à dosimetria das penas impostas aos corréus Alex e Frans, considerando que não obstam o julgamento do mérito, deixo para apreciá-las após a análise das teses negativa de autoria e participação de menor importância.

Assim, rejeito as preliminares de mérito suscitadas.

Do Mérito.

Inicio com a tese apresentada pelo réu Francisco Melo da Silva – negativa de autoria.

Alega o recorrente que não praticou o crime de roubo por que restou condenado, entretanto, uma das vítimas, perante a autoridade policial, foi categórica em afirmar que Francisco Melo da Silva e Luís Cláuber Freire de Almeida foram as pessoas que a abordaram, juntamente com seu namorado, e subtraíram os seus pertences. Colaciono, por oportuno, trechos de suas declarações na fase inquisitorial:

> "... QUE no momento em que seu namorado, RENATO MASCARENHAS ALVES, para o veículo, chegarem quatro rapazes em ou outro carro, tipo Parati, e anunciaram o assalto; QUE sem qualquer tipo de reação adversa, a declarante e seu namorado passaram a entregar todos os seus bens para os assaltantes; QUE em dado momento, um deles, desferiu um tiro, vindo a acertar o pé de seu namorado; QUE acionaram a Polícia Militar, tendo chegado uma composição de policiais militares que passaram a efetivar as buscas no sentido de prender os assaltantes; QUE dois deles foram presos, tendo os mesmos sido identificados como sendo FRANCISCO MELO DA SILVA (maior idade) e LUÍS CLÁUBER FREIRE DE ALMEIDA (menor de idade); QUE sem a menor sombra de dúvidas, reconhece os dois acima nominados como sendo partícipes do assalto contra sua pessoa e a de seu namorado..."
> (Ana Carolina Silveira Coutinho – fls. 10/11).

Ademais, os pertences alheios foram apreendidos próximo ao local em que estavam, jogados ao chão, conforme consignado no termo de apresentação e apreensão acostado à fl. 13, o que foi confirmado pelos policiais militares na fase judicial, os quais afirmaram que, dentro do automóvel Parati, antes do ilícito, estavam quatro indivíduos, entre eles Francisco Melo da Silva:

> "... que o depoente percebeu que na Parati havia realmente quatro pessoas, entre elas Francisco Melo da Silva e o referido menor adolescente; que muito embora o referido réu e o adolescente não tenham esboçado reação ao ver a polícia, tentaram continuar em fuga; que próximo ao local da prisão foi encontrado um revólver calibre 38 jogado no chão; que recorda-se que os pertences das vítimas tanto o celular como o dinheiro também foram encontrados jogados no chão; que no momento em que conseguiram materializar a prisão do réu com o adolescente, estes estavam a dez metros

aproximadamente para veículo Celta..."(Jairo Freire Ferreira – Policial Militar que efetuou a prisão em flagrante delito, fls. 131/132);

"... que a viatura policial foi parada para a abordagem numa via preferencial próxima aos veículos Celta e Parati, percebendo que o Celta estava estacionado numa rua secundária; que recorda-se que o local não era mal iluminado e dava para enxergar tudo regularmente; que recorda-se que a Parati encontrava-se estacionada na rua preferencial..." (José de Lima Oliveira, fls. 133/132)

"... que o depoente presenciou o fato descrito na denúncia de conformidade com suas declarações prestadas na delegacia; que o fato ocorreu na verdade no dia primeiro de janeiro próximo passado por volta das três horas da matina, o declarante encontrava-se no comando da viatura policial, descaracterizada, juntamente com três colegas de farda e ao passarem pela Rua Maestro Lisboa nas imediações do Beach Park, perceberam um veículo Parati de cor azul escuro parado na Avenida e perto dele um carro Celta de cor prata; que achando uma situação esquisita resolveram abordar o veículo Celta; que recorda-se que ao parar a viatura policial, a Parati tratou de se evadir e ao encostarem no veiculo Celta, nesse ínterim, perceberam que o delatado Francisco Melo da Silva tratou de se evadir levando com ele um menor cujo nome não se recorda; que nesse ínterim ouviram o alarme de uma moça identificando-se como noiva do proprietário do Celta, 'alarmando', dizendo que seu namorado estava sendo assaltado e inclusive tinha sido ferido; que imediatamente conseguiram efetuar a prisão do Melo e em seguida voltaram-se até o veículo Celta, onde constataram ter sido o dono do veículo baleado no pé esquerdo, tendo o denunciado Francisco Melo da Silva sido prontamente reconhecido pela vítima; (...); que o depoente não se recorda precisamente da distância entre o Celta e a Parati, no entanto afirma que estavam perto, percebendo que os passageiros da Parati dava para ver perfeitamente os ocupantes do Celta; (...); que ao se aproximarem da Parati, perceberam que os seus ocupantes estavam no interior do veículo; que não se recorda da posição dos dois elementos que estavam abordando o Celta, se do lado do motorista ou do passageiro, no entanto lembra-se que esses elementos ao notarem a aproximação da polícia trataram de se evadir; (...); que o acusado não esboçou nenhuma reação até porque não havia condições para uma reação por estar diante de três policiais, muito embora ainda tentasse fugir; (...); que próximo ao local da prisão do referido acusado foi encontrado um revólver calibre 38 jogado numa vegetação rasteira; que ao aproximarem-se do Celta perceberam que as vítimas estavam sendo abordadas pelo dito acusado e um menor, tendo estes logo empreendido fuga; (...); que a viatura policial da qual o depoente era o comandante parou na estrada da via transversal, próximo ao veículo Celta; (...); que recorda-se que a Parati estava com a traseira de frente para a viatura policial e o Celta também com a traseira para a viatura da polícia..." (José Lima de Oliveira, fls. 135/136).

Nessa esteira, é de ser observado que a jurisprudência é pacífica no sentido de se admitir a palavra da vítima como fundamento suficiente para ensejar a condenação, sendo aplicável o entendimento dos seguintes precedentes:

> PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1. DEPOIMENTO EXCLUSIVO DA VÍTIMA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APROFUNDAMENTO NA PROVA. 2. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.
> 1. As declarações da vítima, apoiadas nos demais elementos dos autos, em se tratando de crimes cometidos sem a presença de outras pessoas, é prova válida para a condenação, mesmo ante a palavra divergente do réu. […]
> (STJ - HC 195467 / SP. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Publicada em 22/06/2011).

Também nesse mesmo sentido a lição de Heráclito Antônio Mossin, *in* Comentários ao Código de Processo Penal, à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Ed. Manole, ed.2005, p.428, com o seguinte entendimento:

> Situação completamente oposta dá-se quando o crime que vitimou o ofendido é cometido às escondidas onde não houve pessoa que o presenciou. É o que normalmente se dá com os crimes contra os costumes(v.g. Estupro, atentado violento ao pudor) e mesmo com delitos de natureza patrimonial(v.g. Roubo). Nessa hipótese ocorre como derradeira a versão exclusiva da vítima, muitas vezes contrariada com a versão do acusado.
> Não pode o magistrado e nem é concebido pela administração da Justiça, que, havendo somente as declarações da vítima a respeito da ocorrência delituosa e a negativa de seu indigitado autor, o réu seja absolvido por falta de prova(in dubio pro reo). Se assim fosse, não deveria ser proposta a ação penal, uma vez que haveria falta de justa causa para sua procedimentação, o que ensejaria o não recebimento da peça acusatória, ou se fosse aceita, a ação seria trancada via habeas corpus.
> Nesses delitos clandestinos deve o magistrado, ao elaborar sua prestação jurisdicional, observar de forma acurada as palavras do ofendido, verificando se elas são coerentes, uniformes, enfim destituídas de qualquer contradição ou hesitação e se são ditas de modo sincero e sério, notadamente nos crimes contra os costumes, quando então gozará da presunção de veracidade RT 671/305-6, 665/266, 666/295, 663/385; RJTJSP 41/365, 43/389.

Por outro lado, uma vez apreendida a *res furtiva* em poder do agente, o qual dá ao fato uma versão diversa no sentido de se eximir da responsabilidade criminal, a ele cabe o ônus de comprová-la. Nesse sentido:

> PENAL E PROCESSUAL - ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO - CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMAS - RECONHECIMENTO PESSOAL - OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES DO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - NULIDADE REJEITADA - DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS E DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM O FLAGRANTE - APREENSÃO DA RES EM PODER DOS AGENTES - PROVA SUFICIENTE - ÁLIBI NÃO SUFICIENTEMENTE COMPROVADO - CONDENAÇÃO MANTIDA - CONCURSO FORMAL DEMONSTRADO - OFENSA À TRÊS PATRIMÔNIOS DISTINTOS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA DE FURTO SIMPLES - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DESPROVIDO. RECURSO MINISTERIAL - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA - DELITOS PRATICADOS EM CIRCUNSTÂNCIAS DIVERSAS - MOMENTOS CONSUMATIVOS DISTINTOS
> – concurso material - recurso MINISTERIAL provido. No roubo, via de regra praticado na clandestinidade, as declarações das vítimas constituem valioso elemento de prova, principalmente quando reconhecem os ladrões, pois não os conhecendo, não teriam outro motivo para acusá-los. Quem argúi álibi tem o dever de satisfatoriamente comprová-lo, sob pena de não ser levado em consideração. Crimes de roubo contra vítimas diferentes cometidos através de uma única ação, desdobrada em vários atos, configuram concurso formal, e não crime único (Supremo Tribunal Federal - RE - rel. Min. Rafael Mayer - RT 619/400). Desde que haja momentos consumativos distintos, plenamente cabível o concurso material entre os crimes de roubo circunstanciado pelo emprego de arma e porte de arma de fogo.
> (TJ-SC - APR: 370795 SC 2007.037079-5, Relator: Amaral e Silva, Data de Julgamento: 14/04/2008, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal (Réu Preso) n. , de Palmitos)

> PENAL E PROCESSUAL - ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO - CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMAS - RECONHECIMENTO PESSOAL - OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES DO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - NULIDADE REJEITADA - DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS E DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM O FLAGRANTE - APREENSÃO DA RES EM PODER DOS AGENTES - PROVA SUFICIENTE - ÁLIBI NÃO SUFICIENTEMENTE COMPROVADO - CONDENAÇÃO

MANTIDA - CONCURSO FORMAL DEMONSTRADO - OFENSA À TRÊS PATRIMÔNIOS DISTINTOS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA DE FURTO SIMPLES - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DESPROVIDO. RECURSO MINISTERIAL - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA - DELITOS PRATICADOS EM CIRCUNSTÂNCIAS DIVERSAS - MOMENTOS CONSUMATIVOS DISTINTOS

– concurso material - recurso MINISTERIAL provido. No roubo, via de regra praticado na clandestinidade, as declarações das vítimas constituem valioso elemento de prova, principalmente quando reconhecem os ladrões, pois não os conhecendo, não teriam outro motivo para acusá-los. Quem argúi álibi tem o dever de satisfatoriamente comprová-lo, sob pena de não ser levado em consideração. Crimes de roubo contra vítimas diferentes cometidos através de uma única ação, desdobrada em vários atos, configuram concurso formal, e não crime único (Supremo Tribunal Federal - RE - rel. Min. Rafael Mayer - RT 619/400). Desde que haja momentos consumativos distintos, plenamente cabível o concurso material entre os crimes de roubo circunstanciado pelo emprego de arma e porte de arma de fogo.

(TJ-SC - APR: 370795 SC 2007.037079-5, Relator: Amaral e Silva, Data de Julgamento: 14/04/2008, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal (Réu Preso) n. , de Palmitos)

PENAL E PROCESSUAL - FURTO - MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS -NEGATIVA DE AUTORIA - APREENSÃO DA RES EM PODER DO AGENTE - ÁLIBI INVOCADO NÃO PROVADO.

A apreensão do produto do furto na posse do réu, sem explicações satisfatórias, presume a autoria, invertendo o ônus da prova. (TJ-SC - APR: 329177 SC 2004.032917-7, Relator: Amaral e Silva, Data de Julgamento: 22/02/2005, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n. 2004.032917-7, de Cunha Porã.)

Processo penal. Prova. A apreensão da res em poder do agente gera presunção de autoria e inverte o ônus da prova. Penal. Furto. Crime ordinariamente executado às ocultas, sendo, por isso, suficiente para a comprovação da autoria a presença de simples prova indiciária, dentre a qual sobreleva a apreensão da res em poder do agente.

(TJ-SP - APL: 26668420108260337 SP 0002666-84.2010.8.26.0337, Relator: Souza Nery, Data de Julgamento: 02/08/2012, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 04/08/2012)

PENAL E PROCESSUAL - ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO - USO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES - DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO QUALIFICADO - MATERIALIDADE DEMONSTRADA - PROVA DA AUTORIA - APREENSÃO DA RES EM PODER DO AGENTE - DELAÇÃO

> PELO CO-AUTOR - INDÍCIOS E CIRCUNSTÂNCIAS CAPAZES DE CONVENCER DA AUTORIA
> Não havendo força intimidativa, uma vez que as vítimas, embriagadas, não possuíam condições de reagir, impõe-se a desclassificação do roubo para furto. A apreensão do produto do furto na posse do réu, sem explicações satisfatórias, presume a autoria, invertendo o ônus da prova. Não se cogita de tentativa, quando a coisa subtraída é retirada da esfera de vigilância da vítima e mantida, ainda que por curto espaço de tempo, sob a posse mansa e pacífica do agente.
> (TJ-SC - APR: 74190 SC 2004.007419-0, Relator: Amaral e Silva, Data de Julgamento: 28/09/2004, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n. 2004.007419-0, de Chapecó.)

In casu, certo é que os objetos das vítimas foram encontrados ao chão, no local bem próximo onde atuaram Francisco Melo e o adolescente, havendo uma das vítimas acionado a viatura que por ali passava, o que motivou a tentativa imediata de fuga de ambos do local do crime. Assim, vê-se que a instrução criminal roborou os elementos indiciários. É bem verdade que os indícios trazidos pelo inquérito policial não podem ser valorados de forma absoluta no sentido de uma condenação, porquanto não submetidos ao crivo da ampla defesa e do contraditório, contudo podem servir de forma a robustecer e reforçar a prova colhida em Juízo, conforme entendimento jurisprudencial.

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE DA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA TAMBÉM EM PROVA COLHIDA EM JUÍZO. PRECEDENTES DO STF. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.
> 1. Inicialmente, entendo que o presente recurso não pode ser conhecido em relação ao pedido de fixação do regime aberto para o cumprimento da pena aplicada ao recorrente.
> 2. Com efeito, tal matéria não foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se verifica do acórdão impugnado, o que inviabiliza o seu conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de indevida supressão de instância.
> **3. Como se constata da r. sentença condenatória, o Magistrado não se baseou exclusivamente em depoimentos colhidos no inquérito policial, mas, também, nas declarações prestadas em juízo pela testemunha Paulo César de Oliveira (fls. 76-77).**
> **4. Consoante já decidiu esta Suprema Corte, "os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a**

> **decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo." (RE 425.734 Agr/MG, de minha relatoria, DJ 28.10.2005).**
> 5. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.
> (STF - RHC 99057, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-05 PP-01041)
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA AO ART. 5º, INCISOS LIV E LV. INVIABILIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF Nº 279. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INQUÉRITO. CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO DOS TESTEMUNHOS PRESTADOS NA FASE INQUISITORIAL.
> 1. A suposta ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa passa, necessariamente, pelo prévio reexame de fatos e provas, tarefa que encontra óbice na Súmula STF nº 279.
> 2. Inviável o processamento do extraordinário para debater matéria infraconstitucional, sob o argumento de violação ao disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição.
> **3. Ao contrário do que alegado pelos ora agravantes, o conjunto probatório que ensejou a condenação dos recorrentes não vem embasado apenas nas declarações prestadas em sede policial, tendo suporte, também, em outras provas colhidas na fase judicial. Confirmação em juízo dos testemunhos prestados na fase inquisitorial.**
> **4. Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo.**
> 5. Agravo regimental improvido.
> (STF - RE 425734 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 04/10/2005, DJ 28-10-2005 PP-00057 EMENT VOL-02211-03 PP-00529)

Por fim, impende observar que, além da versão apresentada pelo réu Francisco Melo se contrapor às declarações da vítima Ana Carolina, roboradas essas na fase judicial, ele não conseguiu, de forma alguma, fazer prova de sua simples alegação no sentido de que não tinha a intenção da prática de assalto.

Dessa forma, não há como acolher o pedido de reforma da decisão para se exarar um acórdão absolutório em favor do apelante Francisco Melo Silva

No que concerne ao pleito de reconhecimento de que os recorrentes Alex e Frans atuaram nos termos do art. 29, §1º, do Código Penal Brasileiro, a prova é segura em apontar que estavam no local do crime dando cobertura à ação de Francisco Melo Silva e Gláuber, quando ali chegaram todos no veículo Parati, que ficou estacionado

bem próximo ao Celta em que se encontravam as vítimas; que quando estacionaram, o recorrente Francisco Melo da Silva desembarcou do veículo juntamente com Francisco Cláuber, abordaram a vítima Renato Mascarenhas, que procurou reagir e saiu lesionada com um disparo de arma de fogo no pé; que sua namorada conseguiu alertar os policiais que ali se encontravam em ronda, os quais, se aproximaram; que nessa ocasião, Alex e Frans se evadiram, deixando os comparsas no local do crime, sem qualquer justificativa plausível, salvo a de que procuraram se subtrair à ação da polícia.

Nessa esteira, conforme acima afirmado, esta Relatoria acolhe o entendimento de que a conduta de dar cobertura à ação dos autores da subtração no crime de roubo constitui-se ato de coautoria e não de participação de menor importância, motivo pelo qual não se pode acolher essa tese recursal.

Por fim, no que pertine às penas impostas, inicialmente ressalto que na aplicação da pena-base, é admitida uma certa discricionariedade do Magistrado, de modo que cabe a esta Corte aquilatar apenas se a exasperação porventura aplicada obedeceu ao princípio da proporcionalidade, tendo sido corretamente fundamentada, consoante entendimento adotado por nossas Cortes Superiores:

> *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O CRIME E DAS OUTRAS PARA EXASPERAR A REPRIMENDA BASE. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA (PERSONALIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME). EXISTÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO JULGADOR. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. MAJORAÇÃO QUE NÃO SE MOSTROU DESPROPORCIONAL OU DESARRAZOADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO NA VIA ESTREITA DO WRIT. AUSÊNCIA.
>
> 1. Esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente decidido no sentido de ser possível, existindo pluralidade de qualificadoras, a consideração de uma para justificar o tipo penal qualificado e das demais como circunstâncias judiciais ou agravantes da segunda fase da dosimetria da pena.
>
> 2. Inexiste constrangimento ilegal na fixação da pena-base quando são levados em consideração elementos concretos dos autos, aptos a justificar a exasperação da reprimenda-base a título de personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime.
>
> **3. É inviável mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, devendo**

ser avaliado se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido.
4. Ordem denegada.
(STJ, HC 173.608/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 17/09/2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. TENTATIVA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VIOLÊNCIA EXCESSIVA. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.
1. Nos casos em que a conduta do agente transcender ou extrapolar as circunstâncias ou consequências naturais do tipo, a violência excessiva poderá, e deverá, servir de fundamento para a elevação da pena-base.
2. Havendo suficiente fundamentação quanto à negatividade das consequências do delito, pois extrapolaram aquelas próprias do tipo penal violado, não há o que se falar em ilegalidade do acórdão no ponto em que manteve a pena-base, fixada acima do mínimo, em razão da desfavorabilidade dessa circunstância judicial.
3. A ponderação das circunstâncias do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada.
3. Ordem denegada.
(STJ, HC 210.099/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 21/09/2012).

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO AGENTE. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 59 DO CP. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.
1. Para a aplicação do princípio da insignificância, devem ser preenchidos quatro requisitos, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.
2. No caso, o modo como o furto foi praticado indica a reprovabilidade do comportamento do réu, que demonstrou ousadia ao invadir uma casa, mediante escalada e arrombamento, e dali subtrair três serras, uma tesoura e peças de roupa.
3. Tais fatos não podem ser ignorados, sob pena de se destoar por completo das hipóteses em que esta Corte vem aplicando o princípio da

> insignificância, pois o emprego de arrombamento e escalada, além da violação de domicílio, para a prática de furto, caracteriza ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal.
> **4. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.**
> **5. Na espécie, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do writ, porquanto a pena-base fora estabelecida acima do mínimo legal de maneira fundamentada, com lastro em elementos idôneos, atendendo ao princípio da proporcionalidade.**
> 6. Ordem denegada.
> (STJ, HC 245.397/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 27/08/2012)

A propósito, colaciono trecho do voto da Excelentíssima Senhora Ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber, quando do julgamento do Habeas Corpus de n° 107.860, do Distrito Federal:

> Ora, a dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal e as leis extravagantes não estabelecem rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para tanto.
> Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes e arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias inferiores.

Prosseguindo, colaciono o respectivo trecho do *decisum*:

> "Quanto ao Francisco Melo da Silva, vulgo 'Coração, considerando sua CULPABILIDADE, tendo em vista seus sofríveis ANTECEDENTES, como tais vistos em seus assentamentos processuais, assim não se podendo arriscar e dizer da boa ÍNDOLE, ante seu desvio de conduta, adjetivos reveladores de uma mau caráter, com propensão ao submundo da criminalidade, não medindo as circunstâncias nem consequências de suas ações deletérias in casu, mostrando-se alheio ao comportamento da vítima, sendo irrelevante sua primariedade efêmera...
> Portanto, fixo-lhe a pena-base em quatro (04) anos e oito (08) meses de reclusão e vinte (20) dias-multa, reprimenda essa que com o incremento de três oitavos (3/8) da dupla qualificadora (§2º, I e II), tal equivalente a vinte

e um (21) meses, ou seja, um (01) ano e nove (09) meses, elevando-se, consequentemente, para setenta e sete (77) meses, isto é, seis (06) anos e cinco (05) meses neste ínterim, cumprindo-me dosimetrá-la ao nível do art. 68 do Código Penal.

De sorte que à falta de atenuantes, nem agravantes que lhe digam respeito e à míngua de modificadoras outras, aumentando-a ou diminuindo-a, hei por bem deixá-la definitiva em SEIS(06) ANOS E CINCO (05) MESES DE RECLUSÃO, ALÉM DE 20 (VINTE) DIAS-MULTA, no regime semi-aberto, isentando-o do pagamento das custas processuais, por tê-lo pobre na forma da lei.

No que pese ao Alex do Nascimento Ferreira, no mesmo diapasão, (art. 59, CP) e com igual tratamento, sendo irrelevante sua primariedade circunstancial diante do quadro fático...

Assim é que fixo-lhe como pilastra a pena de quatro (04) anos e oito (08) meses de reclusão e vinte (20) dias-multa, reprimenda essa que com o incremento de três oitavos (3/8) da dupla qualificadora (§2º, I e II), tal equivalente a vinte e um (21) meses, ou seja, um (01) ano e nove (09) meses, elevando-se, consequentemente, para setenta e sete (77) meses, isto é, seis (06) anos e cinco (05) meses neste ínterim, cumprindo-me dosimetrá-la ao nível do art. 68 do Código Penal...

Destarte, atenuando-a em três (03) meses por sua menoridade (art. 65, I, CP), tenho-a reduzida para seis (06) anos e dois (02) meses, não lhe tributando nenhum gravame; e à falta de modificadoras outras, aumentando-a ou diminuindo-a, hei por bem deixá-la definitiva em SEIS(06) ANOS E DOIS (02) MESES DE RECLUSÃO, ALÉM DE 20 (VINTE) DIAS-MULTA, no regime semi-aberto, condenando-o, ainda, ao pagamento das custas processuais *pro-rata,* que ora mando sejam contadas.

Enfim, no que tange ao Frans Kenned Leite de Carvalho, no mesmo diapasão (art. 59, CP) e com equânime tratativa, igualmente de somenos importância sua primariedade técnica, diante do quadro factual...

Portanto, fixo-lhe a pena-base também em quatro (04) anos e oito (08) meses de reclusão e vinte (20) dias-multa, reprimenda essa que com o incremento de três oitavos (3/8) da dupla qualificadora (§2º, I e II), tal equivalente a vinte e um (21) meses, ou seja, um (01) ano e nove (09) meses, elevando-se, consequentemente, para setenta e sete (77) meses, isto é, seis (06) anos e cinco (05) meses neste ínterim, cumprindo-me dosimetrá-la ao nível do art. 68 do Código Penal...

Destarte, suavizando-a em três (03) meses por sua *menoridade* (art. 65, I, CP), tenho-a reduzida para seis (06) anos e dois (02) meses, não lhe tributando nenhum gravame; e à falta de modificadoras outras, aumentando-a ou diminuindo-a, hei por bem deixá-la definitiva em SEIS(06) ANOS E DOIS (02) MESES DE RECLUSÃO, ALÉM DE 20 (VINTE) DIAS-MULTA, no regime semi-aberto, condenando-o, ainda, ao pagamento das custas processuais *pro-rata,* que ora mando sejam contadas.

Da leitura desse trecho vejo que, em relação a todos os agentes, considerada desfavorável a grave circunstância de uma das vítimas haver sido lesionada no pé, mediante disparo de arma de fogo, circunstância para qual todos concorreram, uma vez que, em sede de crime de roubo, o fato de um agente estar armado, autoriza a condenação de todos pela conduta mais grave, salvo se efetivamente comprovado que os demais não tinham dela conhecimento, o que não é o presente caso, tanto que, em relação a todos os agentes, o Magistrado revelou que a primriedade técnica, nessa situação, se apresenta de somenos importância. Ademais, o crime foi perpetrado nas altas horas da madrugada, em local ermo, quando difícil alguma reação efetiva da vítima e, ainda, efetivo auxílio de outrem, inclusive da polícia, sendo certo se observar que o comparecimento da viatura policial no sítio dos acontecimentos ocorreu de forma eventual. Assim, tenho por justa a fixação da pena-base em oito meses acima do *quantum* mínimo previsto em lei.

No que tange à fração de três oitavos adotada para majoração das reprimendas, igualmente a tenho por justa, considerado o fato de se tratar de um roubo perpetrado por quarto agentes, o que se configura conduta de maior reprovabilidade, visto que de maior poder de intimidação e dificuldade de reação, observado, ainda, que praticado mediante o uso de uma arma de fogo.

Entretanto, vejo que, no que concerne à atenuante, assiste razão à Defesa, quando alegou, inclusive em sede de embargos de declaração, que a inversão na sequência de fases do cálculo dosimétrico representou prejuízo aos apelantes, com a consequente imposição de pena mais severa. De fato, assim está disposto no Código Penal Brasileiro:

> Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Por outro lado, tenho que a atenuação em três meses, de uma pena-base fixada em quatro anos e oito meses, representa bem menos que a fração de 1/6 indicada doutrinária e jurisprudencialmente como plausível. Sobre a matéria, leciona Guilherme de Souza Nucci, *in* Individualização da Pena, São Paulo, Editora RT, ed. 2005. P. 284/285:

> Questão tormentosa é estabelecer o quantum das agravantes e atenuantes, pois a lei apenas mencionou, genericamente, que o juiz, presente qualquer

circunstância do art. 61, deve agravar a pena, o mesmo valendo para as circunstâncias previstas no art. 65, que levam à atenuação da pena. Entretanto, em que bases e e com quais valores trabalhará o magistrado?

A opção por um montante fixo, em nosso sentir, é a melhor estratégia, inclusive critérios pessoais abusivos, seja para aumentar, seja para diminuir a pena. Por outro lado, é possível até mesmo argumentar com a frustação da aplicação da pena de agravante ou atenuante, caso o julgador não possua um critério uniforme para tanto. Imagine-se o caso de um homicídio qualificado, cuja pena-base foi fixada em 15 anos, para, em seguida, haver aplicação da confissão espontânea. Na ausência de critério fixo, poderia o juiz baixar apenas em 1 mês, resultando, então, em 14 anos e 11 meses de reclusão, o que se nos afigura frustrante, pois não se levou em conta a importância da causa genérica de diminuição de pena. O mesmo ocorreria sem diante da reincidência, o magistrado elevasse a pena em 1 mês, totalizando 15 anos e 1 mês. Não é para isso que a reincidência foi prevista como causa de aumento genérico.

Por tais motivos, cremos viável o estabelecimento de um padrão, que pode ser o de um sexto para toda e qualquer agravante/atenuante reconhecida. Afinal, um sexto é o menor valor de aumento ou diminuição, quando previstos pelo legislador, no tipo derivado.

Nesse sentido:

REVISÃO CRIMINAL - CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 33, 'CAPUT', E 35, 'CAPUT', AMBOS DA LEI 11.343/016)- TESE DE QUE A CONDENAÇÃO DOS REQUERENTES POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO É CONTRÁRIA A EVIDENCIA DOS AUTOS POR INEXISTÊNCIA DE PROVA SOBRE A ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA - NÃO ACOLHIMENTO - ASSOCIAÇÃO CARACTERIZADA PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO, CONFORME ANALISADO NA SENTENÇA E NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL POR ESTA CORTE - ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA DOS CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS NEGATIVAMENTE MEDIANTE FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA - ALTERAÇÃO DO 'QUANTUM' DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA APLICADA AO REQUERENTE VALDIRCE RODRIGUES PINHEIRO, DE OFÍCIO, PARA 1/6 (UM SEXTO) - AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. As provas dos autos demonstram a existência de vínculo associativo estável e permanente, tendo em vista que (a) os agentes traficavam quase uma tonelada de droga o que demonstra uma sociedade criminosa de grande proporção, (b) os requerentes praticaram o injusto penal mediante divisão de tarefas, (c) existiam informações pretéritas de que um dos condenados estava envolvido com o narcotráfico, e ainda, (d) há prova sobre a existência de estreito relacionamento entre os réus. 2. "A doutrina e a jurisprudência

> apregoam que o percentual adequado para a aplicação de circunstância atenuante ou agravante deve girar em torno de 1/6 (um sexto)." (TJPR - 3ª Câmara Criminal.Revisão Criminal 559.735-9, rel. Rogério kanayama, julg.09/07/2009)
> (TJ-PR - RC: 9750869 PR 975086-9 (Acórdão), Relator: Marques Cury, Data de Julgamento: 06/06/2013, 3ª Câmara Criminal em Composição Integral, Data de Publicação: DJ: 1122 18/06/2013)
>
> REVISÃO CRIMINAL. SENTENÇA. CRIME DE CAUSAR INCÊNDIO, EXPONDO A PERIGO A VIDA, A INTEGRIDADE FÍSICA OU O PATRIMÔNIO DE OUTREM, NA FORMA QUALIFICADA DE O INCÉNDIO SER EM "CASA HABITADA OU DESTINADA A HABITAÇÃO" (ARTIGO 250, § 1º, INCISO II, A DO CÓDIGO PENAL). TESE PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO, POR FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA. NÃO ACOLHIMENTO. CORRETA A INTIMAÇÃO POR EDITAL. ACUSADO QUE MUDOU DE ENDEREÇO NO CURSO DO PROCESSO SEM INFORMAR AO JUÍZO NOVO ENDEREÇO. APLICAÇÃO DO ART. 367 DO CPP. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO ACOLHIMENTO. CONTEXTO PROBATÓRIO APTO A SUSTENTAR A SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO TIPO PENAL IMPUTADO NA DENÚNCIA. TESE DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ACOLHIMENTO. VALORAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E INCIDÊNCIA DA ATENUANTE POR CONFISSÃO. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM DA ATENUANTE, EM CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. NOVA PENA QUE LEVA AO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Relatório
> (TJ-PR 8184145 PR 818414-5 (Acórdão), Relator: Joscelito Giovani Ce, Data de Julgamento: 24/05/2012, 2ª Câmara Criminal em Composição Integral)

Dessa forma, vejo necessário o redimensionamento das penas corporais impostas, acolhendo-se o pleito de reforma da decisão com a correção do cálculo dosimétrico e, ainda, com o aumento, *ex officio*, da fração atenuante adotada na origem.

Assim, com relação aos réus Alex do Nascimento Ferreira e Frans Kenned Leite de Carvalho, partindo das penas-base antes fixadas – quatro anos e oito meses de reclusão –, diminuo-as em oito meses cada, por força da atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal Brasileiro, para depois aumentá-las em 3/8, por força das majorantes reconhecidas, tornando-as definitivas em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto mediante progressão, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e §3º, do Código Penal Brasileiro, mantidos os demais termos da sentença.

ISSO POSTO, não obstante o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço dos recursos e nego provimento ao interposto por Francisco Melo da Silva. Quanto aos demais réus – Alex do Nascimento Ferreira e Frans Kennedy Leite de Carvalho, dou parcial provimento ao seu apelo, para lhes impor o cumprimento de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto mediante progressão, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal Brasileiro, mantidos os demais termos da sentença.

É como voto.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2014.

PROCESSO: 0000679-78.2005.8.06.0164 – APELAÇÃO
APELANTE- JOSÉ DALGOBERTO ROCHA DE FREITAS
APELADO – A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATORA: DESA. MARIA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. RECURSO DA DEFESA. 1) PLEITO ABSOLUTÓRIO. APLICAÇÃO DE PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCABÍVEL. NÃO VERIFICAÇÃO DO VALOR ÍNFIMO DA *RES* E CONSIDERÁVEL GRAU REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. 2) REDUÇÃO DA PENA. PARCIAL CABIMENTO. CONDENAÇÃO ANTERIOR PRESCRITA E INQUÉRITO POLICIAL INAPTOS A JUSTIFICAR MAUS ANTECENTES. REMANESCENTE OUTRA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE A PATAMAR UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. READEQUAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O INICIALMENTE ABERTO.

Recurso conhecido e parcialmente provido. Redimensionada a pena, declarada *ex officio* a extinção da punibilidade do agente pela ocorrência da prescrição retroativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº.0000679-78.2005.8.06.0164, oriundos da Vara Única da Comarca de São Gonçalo do Amarante em que figura como apelante José Dalgoberto Rocha de Freitas.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em CONHECER do recurso de apelação, e CONCEDER-LHE parcial provimento, para redimensionar a pena privativa de liberdade para dois anos de reclusão e readequar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto. Declaram, outrossim, *ex officio*, extinta a punibilidade do recorrente, com esteio no art. 107, IV, primeira figura, c/c art. 109, V e 110, §1°e art. 114, II, do Código Penal, e, ainda, c/c o art. 61 do Estatuto Processual Penal, nos termos do voto da eminente Relatora.

VOTO

Como relatado, trata-se de recurso interposto por José Dalgoberto Rocha de Freitas contra decisão pela qual restou condenado pela prática do delito previsto no art.155, §4°, IV, do Código Penal, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 04(quatro) anos de reclusão, sob regime inicial fechado, cumulada ao pagamento de 10(dez) dias-multa, calculado o dia-multa na razão de 1/30(um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Inicialmente, verificados os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

O recurso cinge-se a pleito de absolvição do réu, com o reconhecimento do princípio da insignificância e, alternativamente, pela redução da pena ao patamar mínimo legal.

Do pedido de absolvição

Impossível o acolhimento do pleito absolutório ao argumento de reconhecimento do princípio da insignificância, que exclui a tipicidade da conduta, igualmente suscitado pela Defesa por ocasião do oferecimento das alegações finais de defesa.

O magistrado quando do julgamento do mérito enfrentou a tese da seguinte forma:

> Não se aplica ao caso o princípio da insignificância, pois que extraído do Código Penal a partir da figura do furto privilegiado (art.155,§2° do CP) e do estelionato privilegiado(art.171, §1° do CP) exige **outros requisitos além do ínfimo valor da coisa**, quais sejam:
> **1**. a mínima ofensividade da conduta do agente;
> **2**. ausência total de periculosidade social da ação;
> **3**. ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e
> **4**. inexpressividade da lesão jurídica ocasionada
> No caso em tela, a conduta do réu é penalmente relevante porquanto já ostenta condenação por crime de furto e responde inquérito por crime de receptação, o que evidencia a sua propensão a crimes contra o patrimônio, afastando o requisito subjetivo para a aplicação da excludente.
> [jurisprudência]
> Ademais, atente-se que o acusado agiu em concurso com terceira pesoa caracterizando o furto qualificado.

> Por fim, tal conduta não pode ser considerada penalmente irrelevante porquanto o valor do objeto seria em torno de R$300,00(trezentos reais) na época o que foge do patamar indicado na jurisprudência que seria de R$100,0(cem reais).
> [jurisprudência]

Observa-se que o valor da *res,* avaliada em R$300,00(trezentos reais), correspondente ao valor do salário mínimo à época do fato, não era insignificante a ensejar a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, o que por si, já impede o enquadramento da conduta no princípio da insignificância e, por via de consequência, na configuração da atipicidade da conduta.

Nesse sentido, destaco o julgado:

> RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALORELEVADO DA RES FURTIVA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.
> 1. Princípio da insignificância. Requisitos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. O delito em apreço não se ajusta ao conceito de crime de bagatela, porquanto o valor de R$ 180,00 (cento e oitenta reais),referente aos fios subtraídos da casa da vítima, não se revela ínfimo, pois correspondia a quase 70% (setenta por cento) do valor do salário mínimo nacional, isto é, R$ 260,00 (duzentos e sessenta reais), à época do crime. Logo, ausente os requisitos para a incidência do princípio da insignificância, a saber:inexpressividade da lesão jurídica provocada e mínima ofensividade da conduta do agente. 3. Recurso especial provido, para afastar incidência do princípio da insignificância e determinar que o Tribunal a quo continue na análise das demais teses defensivas aviadas no apelo defensivo.
> (STJ - REsp: 1269500 RS 2011/0192403-4, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Data de Julgamento: 22/11/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/12/2011).

Ademais, o fato de o réu já contar com condenação contra o patrimônio também milita em seu desfavor (fl.26), uma vez que tal circunstância enseja maior grau de reprovabilidade de sua conduta, afastando também a aplicação do citado princípio.

Concluo-o, então, que o édito condenatório deve ser mantido.

Do pleito de redução da pena.

As reprimendas foram fixadas sob a seguinte fundamentação:

DA PENA

A pena cominada ao delito varia de DOIS a OITO ANOS de reclusão e multa.

"§4° A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa , se o crime é cometido:"

1.DA PENA-BASE:

> As circunstâncias judiciais encontram-se previstas no art. 59 do Código Penal.
>
> **Art. 59** - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:"
>
> Segundo se infere da certidão de antecedentes constante dos autos, o réu é reincidente já tendo sido condenado pela prática de furto qualificado e responde as inquérito policial por RECEPTAÇÃO(certidão de fls.26), demonstrando propensão a crimes contra o patrimônio, o que lhe é bastante desabonador. A jurisprudência tem se quedado no sentido de que a deve se aproximar do limite máximo em caso de reincidência. Contudo, deve ser considerado que o objeto furtado não era de grande valor (nem de valor insignificante) e foi devolvido à vítima que não teve prejuízo, pelo que fixo a pena base em QUATRO ANOS E SEIS MESES de reclusão.
> 2) DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES
> Incide a atenuante de confissão, uma vez que o réu reconheceu os fatos relevantes que pesaram contra si, pelo que diminuo a pena-base em 06(seis) meses.
> 3. DAS CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO DE PENA
> Inexistem tais circunstâncias, pois não se aplicam a causa de diminuição de pena em virtude do réu não ser primário.
> § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

> DA MULTA
>
> Nos termos do art.49 do Código Penal e considerando o delito perpetrado, bem como as circunstâncias previstas no art.59 do Código Penal fixo a pena de multa em 10(dez) dias-multa, sendo cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato em face da condição econômica do réu.

Não obstante a fixação da pena base seja atividade discricionária do julgador, deve ele ater-se à análise das circunstâncias judiciais previstas do art. 59 do Código Penal, observando a proporcionalidade da pena de acordo com o caso concreto.

No caso em mesa, vê-se que a fixação da pena-base em quatro anos e seis meses de reclusão, ou seja, em mais do dobro do patamar mínimo legal não está justificada de forma idônea, encontrando-se exacerbada.

Uma das circunstâncias negativas indicadas foram os maus antecedentes em nome do apelante. Todavia, a certidão constante de fl.26, indica que o réu foi condenado por crime de furto, existindo, além deste, apenas um inquérito policial em andamento. No que pertine à condenação, foi decretada a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pena, não podendo tal decreto condenatório ser utilizado para fins de reincidência, pois uma vez extinta a punibilidade desaparecem os efeitos da condenação.

Nesse sentido, o seguinte posicionamento do Excelentíssimo Senhor Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp:

> CRIMINAL. RESP. ESTELIONATOS. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO IMPROPRIAMENTE FUNDAMENTADA NA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS ANTERIORES, DOS QUAIS RESULTOU A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.
>
> I. O simples envolvimento em inquéritos ou processos, quando extinta a punibilidade e desvinculado de outras circunstâncias, não serve como indicativo de maus antecedentes. Precedente. II. Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime aberto, em função da quantidade de pena imposta e diante do reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis na própria dosimetria da reprimenda, não cabe a imposição de regime mais gravoso com fundamento na existência de inquéritos antigos, nos quais foi extinta a punibilidade. III. Recurso conhecido e provido, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena imposta ao recorrente, nos termos do voto do Relator.

> (STJ - REsp: 762024 DF 2005/0099921-0, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 02/02/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 06.03.2006 p. 436).

No que pertine ao inquérito em andamento também não serve este a justificar a exasperação da pena-base. É nesse sentido a súmula n° 444 do Superior Tribunal de Justiça: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Todavia, entendo idônea a justificativa de que o réu possui inclinação a prática de crimes contra o patrimônio, razão pela qual a reprimenda deve ser fixada acima do patamar mínimo legal, mas de forma proporcional. Não verifico outras circunstâncias judiciais negativas que ensejem maior reprovabilidade e agravamento da pena-base, razão pela qual deve ela ser redimensionada.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:

> Penal - Processual Penal - Apelação Criminal - Furto Qualificado (Artigo 155, § 4º, II, do CP)- Pleito de reforma da sentença impugnada para reduzir a pena definitiva imposta ao apelante - Procedência - Pena-base fixada no dobro do mínimo legal insatisfatoriamente fundamentada - Correção - Pena Pecuniária - Ausência de Fundamentação - Reduções aos mínimos legais - Apelo provido. Decisão Unânime.
> 1.**Ao estabelecer a reprimenda, o Juiz deve fazê-lo observando fielmente o disposto no artigo 59 do Código Penal Brasileiro. Isso não ocorrendo, a fixação da pena-base equivalente ao dobro do mínimo abstrato tornada definitiva, à míngua de outras circunstâncias que a aumente ou diminua, importa em exacerbação, devendo ser diminuída para o justo patamar**.(grifo nosso) 2.A sanção monetária deve guardar relação com a gravidade do delito e sua punição corporal, ao passo que o valor do dia-multa deve guardar proporcionalidade com a situação econômica do sentenciado. Isto significa que o cálculo acima do mínimo legal deve ser fundamentado sob pena de adequação ao valor correto. 3.Apelo provido. Decisão Unânime.
> (TJ-PE - APL: 354785320028170001 PE 0035478-53.2002.8.17.0001, Relator: Romero de Oliveira Andrade, Data de Julgamento: 18/02/2011, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 57/2011) .

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. CP, ART. 155, § 4º, IV. EBCT. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PENAS FIXADAS DE FORMA DESPROPORCIONAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ALTERAÇÃO EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO APELANTE, COM SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE

LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REPARAÇÃO DE DANO. CPP, ART. 387, IV. OBSERVÂNCIA. PLEITO DE ISENÇÃO. ANÁLISE. JUÍZO DAS EXECUÇÕES.
1. Materialidade e autoria do crime comprovadas por documentos e depoimentos. 2. "O CP, art. 59, não exige que o réu seja reincidente, ou que tenha antecedentes criminais, para que sua pena seja exacerbada. Exige, sim, uma análise de todas as circunstâncias pesadas pelo julgador de primeiro grau" (STJ, 5ª T., Resp. 85.408/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 1º/10/1998). 3. Redução da pena-base aplicada ao apelante Andres Vieira de Melo, por ter sido fixada de forma desproporcional pelo magistrado de primeiro grau. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade alterado de semiaberto para aberto. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do CP), a serem fixadas no Juízo das Execuções. 4. Redução da pena-base aplicada ao apelante Alberto Felipe dos Santos, por ter sido fixada de forma desproporcional pelo magistrado de primeiro grau. Manutenção da sentença nos pontos em que fixou o regime inicial semiaberto (art. 33, § 2º, b, do CP), bem como deixou de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por seus próprios fundamentos. 5. O magistrado fixou a reparação de danos, a ser realizada por ambos os recorrentes, em observância ao previsto no art. 387, inciso IV, do CPP. Pleito de isenção que deve ser apresentado ao Juízo das Execuções. 6. Apelação parcialmente provida.
(TRF-1 - ACR: 1186 MG 2008.38.06.001186-9, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Data de Julgamento: 20/09/2011, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.69 de 10/10/2011)

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO. IN DUBIO PRO REO. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS SUFICIENTES DA AUTORIA. ABSOLVIÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE NO CASO EM TELA. ALTO VALOR DA RES FURTIVA E ACUSADO REINCIDENTE EM CRIME DA MESMA ESPÉCIE. DOSIMETRIA DA PENA. REDIMENSIONAMENTO. PENA-BASE EXACERBADA. NECESSIDADE. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL NÃO UTILIZADA NA CONDENAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE RECEPTAÇÃO. INVIABILIDADE. RECURSO PROVIDO EM PARTE.
- Comprovadas a materialidade e autoria do delito de furto qualificado, comprovada em juízo pela palavra de testemunhas e da vítima, impõe-se a manutenção da sentença condenatória. - Para a incidência do princípio da insignificância não basta que seja constatado o baixo valor do bem subtraído, sendo necessária a análise de outras questões relacionadas ao agente e às circunstâncias do delito. Constatado que o alto valor da coisa

> furtada e ainda, que o réu é reincidente, com condenação anterior por delito da mesma espécie, não se aplica o princípio da bagatela. - Não há se falar em aplicação da atenuante de confissão espontânea, uma vez que o apelante se retratou em juízo, negando os fatos imputados a si, e ainda, se a condenação ter se baseado em outros meios de provas constantes nos autos. - **Necessária a redução da pena-base aplicada ao réu quando esta se mostra exacerbada e desproporcional as reais circunstâncias do delito.** - É possível o regime prisional semiaberto para o réu reincidente, se a pena privativa de liberdade for fixada em até 04 anos, mas desde que favoráveis as circunstâncias judiciais, o que não é o caso. Inteligência da Súmula nº 269 do STJ. Regime fechado mantido. Recurso parcialmente provido.
> (TJ-MG - APR: 10392130016828001 MG , Relator: Doorgal Andrada, Data de Julgamento: 04/06/2014, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/06/2014)
>
> EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DA DEFESA - FURTO QUALIFICADO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA-BASE REDUZIDA - CONTINUIDADE DELITIVA - NÚMERO DE DELITOS PRATICADOS - REGIME PRISIONAL ABRANDADO - RECURSO PROVIDO EM PARTE - EX OFFICIO - DECOTAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CPP.
> Correta a condenação, quando os elementos de prova trazidos aos autos são robustos, idôneos e suficientes para comprovar o delito. **Cabível a redução da pena-base quando esta encontra-se desproporcional as circunstâncias do caso concreto**. A imposição do regime prisional inicial deve ser feito de acordo com as particularidades do caso concreto e ditames do artigo 33, do Código Penal. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, alinhada ao constructo doutrinário, é firme na compreensão de que o aumento relativo à continuidade delitiva deve guardar compatibilidade com a sua extensão, relativamente ao número de infrações. Decota-se da sentença a fixação de indenização por danos prevista no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, se não houve pedido específico e nem instrução a este respeito.
> (TJ-MS - APL: 00001508120108120046 MS 0000150-81.2010.8.12.0046, Relator: Des. Manoel Mendes Carli, Data de Julgamento: 14/10/2013, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/12/2013)

Passo, então, a redimensionar a pena reclusiva:

Presente apenas uma circunstância judicial que desfavorece o réu, nos termos do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 2(dois) anos e 04(quatro) meses de reclusão, Considerando a atenuante de confissão, prevista no art. 65, III, "d" do Código Penal, atenuo a pena em 04(quatro) meses, tornando-a definitiva em 2(dois)

anos de reclusão, à míngua de circunstâncias agravantes e causas especiais de aumento e/ou diminuição de pena. O regime de cumprimento de pena deve ser readequado para o semiaberto, uma vez que ainda que não mais subsistam os efeitos da reincidência, se faz presente a circunstância judicial já citada, assim autorizando regime mais gravoso, nos termos do art. 33,§§ 2° e 3° do Código Penal.

Mantenho a pena pecuniária fixada originariamente em 10 dias-multa, calculado o dia-multa na razão de um trigésimo do salário mínimo.

Outrossim, verifica-se a ocorrência da prescrição.

Tendo por base a nova reprimenda – dois anos de reclusão – o lapso prescricional é previsto em quatro anos, nos termos no art. 109, V, c/c art. 110, §1° do Código Penal.

No presente caso, entre a data do recebimento da denúncia – 19.09.2005 (fl.61) –, e a da publicação da sentença – 31.08.2010 –, decorreram mais de quatro anos, impondo-se o reconhecimento da prescrição retroativa da pena, e a declaração da extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 107, primeira figura, do Código Penal e art.61 do Código de Processo Penal.

A pena pecuniária também resta prescrita nos termos do art. 114, II, do Código Penal.

ISSO POSTO, em dissonância com o parecer da Procuradoria de Justiça, CONHEÇO do presente apelo, e, CONCEDO-LHE parcial provimento, para redimensionar a pena privativa de liberdade para dois anos de reclusão, readequar o regime de inicial de cumprimento de pena para o aberto. Redimensionada a pena, declaro a extinção da punibilidade do recorrente, nos termos do art. 107, IV, primeira figura, do Código Penal, c/c art. 61 do Código de Processo Penal pela ocorrência da prescrição retroativa consoante arts. 109, V, c/c 110, §1°, e art. 114, II do Estatuto penal punitivo.

É como voto.

Fortaleza, 25 de novembro de 2014.

Habeas Corpus

PROCESSO Nº.: 0004856-14.2013.8.06.0000
HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER DE JUAZEIRO DO NORTE e JUIZ DE DIREITO DA 3º VARA DA COMARCA DO CRATO
PACIENTE: JOSE HELMANIR OLIVEIRA DOS SANTOS
RELATOR: DESEMBARGADOR MARIO PARENTE TEÓFILO NETO

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIME DE AMEAÇA E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO PRATICADO CONTRA COMPANHEIRA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.340/2006. DECRETADA PRISÃO PREVENTIVA. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO ENTRE O JUÍZO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER DE JUAZEIRO DO NORTE E O JUÍZO DA 3º VARA DA COMARCA DO CRATO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. OCORRÊNCIA. INSTRUÇÃO CRIMINAL NÃO INICIADA. AUSÊNCIA DE CULPA DA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA.

1. Paciente preso no dia 07.06.2013, acusado do cometimento de crime tipificado nos arts. 147 e 150 do Código Penal c/c o art. 7º, II, da Lei Maria da Penha, aduzindo a ilegalidade da segregação cautelar em virtude do excesso de prazo na formação da culpa, tendo em vista o paciente estar preso há mais de 04 (meses), sem que tenha sido iniciada a instrução criminal.

2. A prisão cautelar, medida excepcional, não pode perdurar por tempo indeterminado, sob pena de afrontar a garantia constitucional prevista no inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal.

3. Verificando que a segregação perdura desde 07.06.2013, sem que tenha previsão para o início da instrução criminal, em razão da pendência do julgamento do conflito negativo de

jurisdição entre o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Juazeiro do Norte e a 3º Vara da Comarca de Crato, estando o paciente preso há 8 (oito) meses e 04 (quatro) dias, o reconhecimento da ilegalidade da segregação é medida que se impõe.
4. Ordem conhecida e concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus*, acordam os Desembargadores da 1a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime e em dissonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, em CONCEDER a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Defensor Público, em favor da paciente Jose Helmanir Oliveira dos Santos, tendo como autoridade coatora o Juiz de Direito do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Juazeiro do Norte e o Juiz de Direito da 3º Vara da Comarca do Crato.

Segundo consta na petição inicial, a paciente foi preso em flagrante no dia 07 de junho de 2013, sob a acusação de ter praticado os ilícitos penais tipificados nos arts. 147 e 150 do Código Penal c/c o art. 7º, II, da Lei Maria da Penha.

Afirma o Impetrante que o paciente está preso há mais 04 (quatro) meses, sem que a instrução criminal sequer tenha sido iniciada, tendo em vista o conflito negativo de jurisdição entre o Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Juazeiro do Norte e a 3º Vara da Comarca do Crato.

Requer, ao final, liminarmente, a expedição do respectivo alvará de soltura, em favor do paciente, e no mérito, que seja concedido o *writ,* confirmando a medida liminarmente pedida, por ocasião do julgamento de mérito, em razão do constrangimento ilegal sofrido pelo paciente.

Liminar indeferida em 06.12.2013 (fls. 44/47).

Informações proferidas pelas autoridades impetradas da 3º Vara da Comarca do Crato e do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Juazeiro do Norte em 10.01.2014 (fls. 52/56) e 20.01.2014 (fls. 58/66), respectivamente.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, instada a se manifestar, opinou, em 23.01.2014, pelo não conhecimento da ordem (fls. 77/82), em razão da ausência de pedido de relaxamento de prisão perante o magistrado a quo.

É o relatório.

VOTO

Como relatado, cuida-se de *habeas corpus* com pedido de liminar, impetrado em favor da paciente Jose Helmanir Oliveira dos Santos, tendo como autoridade coatora o Juiz de Direito do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Juazeiro do Norte e o Juiz de Direito da 3º Vara da Comarca do Crato

Em síntese, alega o impetrante que o paciente encontra-se preso desde 07.06.2013, pelo suposto cometimento do crime tipificado nos arts. 147 e 150 do Código Penal c/c o art. 7º, II, da Lei Maria da Penha. Sustenta a ilegalidade da segregação cautelar em virtude do excesso de prazo na formação da culpa, tendo em vista o paciente estar preso há mais de 04 (meses), sem que tenha sido iniciada a instrução criminal.

Ocorre que, após analisar os autos, verifica-se que, na espécie, há de prosperar a impetração consubstanciada na alegação de excesso de prazo na formação da culpa, devendo ser relaxada a prisão do paciente. Senão, vejamos:

Das informações prestadas pelas autoridades impetradas, extrai-se que o paciente foi preso em flagrante no dia 07.06.2013, sendo o auto de prisão em flagrante enviado ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Juazeiro do Norte, onde foi registrado e protocolado sob o nº 39072-53.2013.8.06.0112.

O titular daquele Juizado reconheceu e declarou, de ofício e incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Estadual nº 14.258/2008, declinando da competência e redistribuindo os autos para o juízo da 3º Vara do Crato, atual 1º Vara Cível do Crato, em consequência da especialização das varas. Esta Vara homologou o auto de prisão em flagrante, convertendo em preventiva a prisão do paciente e suscitando o conflito de competência, determinando a remessa dos autos à instância superior, sob o nº 0003643-70.2013.8.06.0000, na 1º Câmara Criminal.

Em que pese o Órgão Especial desta Corte já haver decidido reiteradas vezes pela constitucionalidade do dispositivo da Lei Estadual (art. 6º, Lei nº 14.258/2008) que entendeu a competência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Juazeiro do Norte, para as Comarcas de Juazeiro do Norte, Crato e Barbalha, é necessário que o processo que suscitou o conflito de competência retorne à 1º Câmara Criminal para julgamento, conforme art. 109 do Regimento Interno deste

Tribunal, e, somente após a decisão negatória de inconstitucionalidade, serão os autos remetidos ao Juízo competente.

Em consulta aos autos do conflito de jurisdição que tramita neste Tribunal de Justiça, verifica-se que o processo encontra-se todavia concluso à Desembargadora Maria Edna Martins para julgamento.

Dessa forma, constata-se que o processo originário encontra-se paralisado em razão de tal conflito, estando o paciente preso há 8 (oito) meses e 4 (quatro) dias sem que a instrução criminal tenha sido sequer iniciada, não concorrendo a defesa para esta demora.

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.**
> (...).
> (HC 275.234/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 03/10/2013)

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.

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.[1]

Diante de todo o exposto, em dissonância com o parecer ministerial, CONCEDO à ordem, deferindo-se ao paciente o direito de responder ao processo em liberdade, devendo ser expedido alvará de soltura em favor do mesmo, se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.

Fortaleza, 10 de março de 2014.

1 Manual de Processo Penal e Execução Penal; Editora Revista dos Tribunais, 5ª ed., São Paulo, 2008, pág.104.

PROCESSO: 0625930-41.2014.8.06.0000 – *HABEAS CORPUS*
IMPETRANTE: PEDRO ÉRICO TAUMATURGO MARINHO
PACIENTE: FRANCISCO AVELINO DE SOUSA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE GUARACIABA DO NORTE-CE
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIME DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DENÚNCIA. EXCESSO DE PRAZO NO OFERECIMENTO. PEDIDO PREJUDICADO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. INOCORRÊNCIA. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. *MODUS OPERANDI* DA CONDUTA. SUBSTITUIÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR POR MEDIDA ALTERNATIVA PREVISTA NO ART. 319 DO CPP. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

1 – O tema relativo ao constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo no oferecimento da denúncia resta prejudicado, considerando que a peça inicial de acusação já foi devidamente ofertada, nos termos dos informes prestados pela autoridade impetrada.

2 – Quanto ao tópico alusivo à alegada ausência dos requisitos da prisão preventiva, ao que se vê, a decisão impugnada demonstrou a necessidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública. De fato, conforme bem salientou o magistrado de primeiro grau, comungando com os argumentos destacados no bem lançado parecer ministerial, o modus operandi do delito, notadamente o fato de se invadir uma unidade carcerária e ceifar a vida de um dos segregados, demonstra a especial gravidade da conduta, a audácia e, portanto, a periculosidade concreta do Acusado, a justificar a necessidade da medida constritiva.

3 - No que se refere à possibilidade de substituição da prisão

cautelar por medida cautelar alternativa, observa-se que o tema não foi submetido à apreciação da instância ordinária, o que impede que este Colegiado sobre ele se manifeste, sob pena de incidir em indevida supressão de instância.
4 – Ordem parcialmente conhecida e denegada na extensão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente da ordem impetrada, denegando-a na extensão, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 7 de outubro de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado por Pedro Érico Taumaturgo Marinho, em favor do paciente FRANCISCO AVELINO DE SOUSA, preso preventivamente em 17 de fevereiro de 2014, acusado da prática, em tese, do delito tipificado no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, c/c o art. 29, do Código Penal Brasileiro, figurando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Guaraciaba do Norte.

Sustenta-se na impetração, em breve síntese, que o paciente estaria sendo submetido a constrangimento ilegal, decorrente do excesso de prazo no oferecimento da denúncia, bem como em face da ausência de fundamentação idônea da decisão que decretou-lhe a prisão preventiva, ante a ausência dos pressupostos insertos no art. 312 do CPP.

Busca-se, assim, a revogação da segregação cautelar, ou, subsidiariamente, a substituição da custódia preventiva por medidas cautelares alternativas, dispostas no art. 319, do CPP.

Indeferida a liminar (fl. 257), prestadas as informações pela autoridade impetrada (fls. 261/263), manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer que assenta nas fls. 265/272, pela denegação da ordem.

É, no que há de relevante, o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

Conforme relatado, alega-se na impetração que o paciente FRANCISCO AVELINO DE SOUSA estaria sendo submetido a constrangimento ilegal, decorrente do excesso de prazo no oferecimento da denúncia, bem como em face da ausência de fundamentação idônea da decisão que decretou-lhe a prisão preventiva, ante a ausência dos pressupostos insertos no art. 312 do CPP.

Quanto ao primeiro tópico da alegação, alusivo ao excesso de prazo no oferecimento da denúncia, entendo que o pedido encontra-se prejudicado, vez que, nos termos dos informes prestados pela digna autoridade impetrada, a peça inicial de acusação já foi devidamente ofertada em 04-09-2014, e recebida em 08-09-2014, quando foi determinada a citação dos réus.

Desse modo, o alegado constrangimento, no ponto, encontra-se superado. Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE FURTO DE CAIXAS ELETRÔNICOS, MEDIANTE ARROMBAMENTO E DURANTE O REPOUSO NOTURNO, (ART. 155, §§ 1.º E 4.º, INCISOS I, II E IV, C.C. O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM CUSTÓDIA PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL E PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. RECEBIMENTO DA INICIAL ACUSATÓRIA. PREJUDICIALIDADE DA ALEGAÇÃO. ILEGALIDADE DO ESTADO FLAGRANCIAL E APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. MATÉRIAS NÃO SUSCITADAS PERANTE A CORTE DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE PREJUDICADA, NO RESTANTE, NÃO CONHECIDA.
>
> 1. **A alegação de excesso de prazo para a conclusão do inquérito policial e para o oferecimento da denúncia restou prejudicada, diante da informação de que o Juízo processante recebeu a inicial acusatória.**
>
> [...]
>
> 4. Ordem parcialmente prejudicada e, no restante, não conhecida.
>
> (HC 228.014/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, j. 16/02/2012, DJe 02/03/2012) (destaquei)

Quanto à segunda tese, em que alega o impetrante a ausência de fundamentação concreta e dos requisitos da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, entendo que a ordem deva ser denegada.

Ao se pronunciar sobre pedido de revogação da prisão preventiva, o Órgão Ministerial com assento no primeiro grau, assim se manifestou:

> "[...]
> Considerando as peculiaridades que envolvem o crime imputado aos indiciados, cuja gravidade e brutalidade acarretam severo abalo no equilíbrio social, com reflexos negativos na vida de pessoas comuns que a tudo acompanham incrédulas, não há como se negar a imprescindibilidade da decretação da prisão para a garantia da ordem pública.
> De grande repercussão social, o crime gerou inegável comoção e insegurança na Cidade de Guaraciaba do Norte até mesmo muito além das fronteiras desse município, chegando a causar repercussão em todas as cidades da região. Impondo ao Poder Judiciário o dever de resgatar a tranquilidade de uma coletividade consternada a garantir a credibilidade da Justiça por meio da segregação cautelar dos indiciados.
> […]
> O binômio consistente na repercussão social dos fatos e gravidade da infração está plenamente satisfeito, ensejando a medida extrema.
> […]
> Ademais, o ***modus operandi*** utilizado pelos acusados (inclusive pelo requerente) na prática do crime também é apto a ensejar a segregação cautelar do mesmo. Com efeito, a gravidade in concreto do delito, ante o modus operandi empregado, enseja também a decretação da medida para a garantia da ordem pública por força da expressiva periculosidade demonstrada pelos agentes no caso concreto, notadamente se levarem em consideração a audácia dos infratores ao invadir a cadeia pública ceifar a vida de dois detentos que estavam sob a custódia do estado [...].
> No presente caso, a prisão dos indiciados encontra-se fundamentada na periculosidade dos mesmos, caracterizada pelo ***modus operandi***, na medida em que, INVADIRAM A CADEIA PÚBLICA E CEIFARAM SEM PIEDADE A VIDA DE DOIS DETENTOS QUE ESTAVAM SOB A CUSTÓDIA ESTATAL.
> […]"

Ao decidir sobre a súplica, vejamos o consignado na decisão a quo que negou o pedido de liberdade do Paciente:

> "[...]
> Conforme parecer ministerial e julgados transcritos naquele, é forçoso concluir pela presença da necessidade da garantia da ordem pública, em razão da repercussão social dos fatos e gravidade da infração, o que se comprova pelo *modus operandi* e o número de autores/partícipes.
> Ora, não é pelo simples fato do acusado ser primário, com bons

> antecedentes, residência e endereço fixo que não seja possível a decretação/manutenção de sua prisão cautelar, pois do contrário só seria admitida a prisão preventiva para indiciados/acusados reincidentes, o que não pela vedado pela legislação processual penal.
> [...]"

Na espécie, ao que se vê, o decisum impugnado demonstrou a necessidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública. De fato, conforme bem salientou o magistrado de primeiro grau, comungando com os argumentos destacados no bem lançado parecer ministerial, o modus operandi do delito, notadamente o fato de se invadir uma unidade carcerária e ceifar a vida de um dos encarcerados, demonstra a especial gravidade da conduta, a audácia e, portanto, a periculosidade concreta do Acusado, a justificar a medida constritiva.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PACIENTE COLOCADO EM LIBERDADE EM RAZÃO DE DECISÃO DE PRONÚNCIA. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. FUNDAMENTAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. *MODUS OPERANDI*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.
> 1. As prisões cautelares são medidas de índole excepcional, somente podendo ser decretadas ou mantidas caso demonstrada, com base em elementos concretos dos autos, a efetiva imprescindibilidade de restrição ao direito constitucional à liberdade de locomoção, à luz de um dos fundamentos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.
> 2. **Em recurso do Ministério Público, o Tribunal de origem apontou elementos concretos que evidenciam a imprescindibilidade de manutenção da custódia cautelar do paciente para a garantia da ordem pública, haja vista a gravidade concreta do delito de homicídio duplamente qualificado em tese cometido, tendo em vista que a vítima foi alvejada pelas costas, na frente de seus filhos e diante da vizinhança, em razão de discussão banal**.
> 3. Ordem denegada.
> (HC 224.295/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 17/09/2012) (destaquei)

Por último, no que se refere à possibilidade de substituição da prisão cautelar por medida cautelar alternativa, observa-se que o tema não foi submetido à apreciação

da instância ordinária, o que impede que este Colegiado sobre ele se manifeste, sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

Ante tais considerações, conheço parcialmente da ordem, denegando-a na extensão.

É como voto.

Fortaleza, CE, 7 de outubro de 2014.

PROCESSO: 0628541-64.2014.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: MARIA GORETH SILVA FERREIRA
PACIENTE: MAGNO LIMA FERREIRA
IMPETRANTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE QUIXERÉ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 14 DA LEI Nº 10.826/2003. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. CONFIGURAÇÃO. CUSTÓDIA CAUTELAR QUE PERDURA POR MAIS DE UM ANO. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS EM ABRIL DE 2014. RÉU QUE NÃO FOI SEQUER INTERROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1 – Encontrando-se o paciente preso por período superior a um ano, e não havendo sequer sido levado a efeito seu interrogatório, ensejando demora não atribuída à defesa do acusado, configura constrangimento ilegal a sua manutenção no cárcere, por evidente excesso de prazo.

2 - A concessão de *Habeas Corpus* em razão da configuração de excesso de prazo é medida de todo excepcional, entretanto é admitida nos casos em que a dilação seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação ou decorra da inércia do próprio aparato judicial, ou implique em ofensa ao princípio da razoabilidade.

3 - Ordem concedida.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em **CONCEDER** a ordem impetrada, eis que reconhecido o excesso de prazo, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado por MARIA GORETH SILVA FERREIRA em favor de **MAGNO LIMA FERREIRA** que, segundo consta, foi preso em flagrante delito na data de 9 de novembro de 2013, pela prática, em tese, do delito previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003.

Alega, na exordial de fls. 01/09, em síntese, que o acusado não foi sequer interrogado.

Liminar indeferida à fl. 40.

Informações prestadas pela autoridade coatora às fls. 43/46, onde dá conta que os autos encontram-se aguardando devolução de carta precatória expedida em 08 de abril de 2014, para oitiva de testemunhas arroladas pela acusação.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer às fls. 48/53 onde opina pela concessão da ordem.

É o relatório do essencial. Feito que independe de revisão e inclusão em pauta. (arts. 34, § 3º e 66, § 1º RITJCE).

Fortaleza, 13 de janeiro de 2014.

VOTO

Ao analisar a peça de impetração, verifico que ali se pretende seja concedida a ordem, a fim de que o paciente seja imediatamente posto em liberdade, ao entendimento de que foi excedido o prazo para encerramento da instrução.

Presentes os requisitos, conheço da impetração.

No que diz respeito ao mérito, ao debruçar-me sobre a prova produzida, colho da impetração que o acusado MAGNO LIMA FERREIRA foi preso em flagrante delito na data de 9 de novembro de 2013, e nesse estado permanece até o dia de hoje, portanto há mais de um ano, sem sequer ter sido interrogado, razão do apontado constrangimento ilegal por excesso de prazo.

Tal circunstância parece-me realmente demonstrada no presente caso. Isso porque, pelos documentos que instruem o *writ* extrai-se que o processo encontra-se aguardando devolução de carta precatória expedida em 08 de abril de 2014, fato este que, a meu ver, configura o extrapolamento do prazo, uma vez que o paciente está preso e à disposição da Justiça.

O período de encerramento da instrução criminal, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, não deve, por certo, ser entendido como prazo peremptório, eis que subsiste apenas como referencial para verificação do excesso, de sorte que

sua superação não implica necessariamente um constrangimento ilegal, podendo ser excedido com base em um juízo de razoabilidade.

No caso dos autos, entretanto, a demora no término da instrução probatória não pode ser atribuída à Defesa do paciente. Ao contrário, decorre exclusivamente de inércia do próprio aparato estatal.

Destarte, havendo esse desarrazoado extrapolamento do lapso legal e estando o paciente recolhido ao cárcere por tanto tempo, não há como deixar de reconhecer a ocorrência do constrangimento ilegal no caso concreto.

No mesmo sentido, eis a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

> HABEAS CORPUS - PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE POR ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE ENTORPECENTES - EXCESSO DE PRAZO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM CONCEDIDA. I. Configurado o constrangimento ilegal quando o excesso de prazo não pode ser atribuído à atuação impertinente da defesa, nem à complexidade do feito ou ao número dos denunciados, mas à deficiência do próprio Judiciário, que não priorizou o andamento do processo com réu preso. II. Ordem concedida.
> (20090020161239HBC, Relator SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 26/11/2009, DJ 11/01/2010 p. 105)

Ademais, como cediço, a não observância dos prazos legais, máxime em se tratando de réu preso cautelarmente, ofende o direito fundamental de julgamento célere do processo, agora 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"*.

ISTO POSTO,

Ante tais fundamentos, concedo a ordem, eis que reconhecido o excesso de prazo, e determino seja o paciente posto em liberdade, com a expedição de alvará de soltura clausulado, se por outro motivo não esteja preso, facultado ao Juízo de primeiro grau impor medidas cautelares diversas da prisão, caso entenda necessário.

É como voto.

Fortaleza, 13 de janeiro de 2015

PROCESSO: 0628557-18.2014.8.06.0000 – *HABEAS CORPUS*
IMPETRANTE: KILVIA MAGALY HOLANDA RABELO
PACIENTE: ARNALDO HERMENEGILDO DA SILVA
IMPETRANTE: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CAUCAIA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: *HABEAS CORPUS* – PENAL E PROCESSUAL PENAL – RECEPTAÇÃO QUALIFICADA – PRISÃO PREVENTIVA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLEITO – FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA – PACIENTE QUE RESPONDE A OUTROS PROCEDIMENTOS CRIMINAIS – ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

1. A decisão que indeferiu pedido de liberdade provisória encontra-se devidamente fundamentada nos termos do art. 312 e seguintes do Código de Processo Penal, não havendo que se falar em constrangimento ilegal. 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 e da gravidade do delito. Insta salientar que, embora tecnicamente primário, o paciente responde a vários outros processos, sendo cinco (05) deles pelo crime de receptação, três (03) outros por adulteração de sinal identificador veicular e mais dois (02) por crime de roubo.

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.

RELATÓRIO

Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de ARNALDO HERMENEGILDO DA SILVA, preso em flagrante no dia 26 de setembro do ano pretérito, pela suposta prática do delito tipificado nos arts. 180, c/c 297 e 311, na forma do art. 14, II e 69, todos do CPB, apontando como autoridade coatora o juízo de direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Caucaia/CE.

A impetrante pugna pelo relaxamento da prisão do acusado, haja vista a carência de fundamentação idônea na decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória, aduzindo ainda que o paciente possui condições pessoais favoráveis.

Informações prestadas pela autoridade impetrada às fls. 64/65, justificando a necessidade da manutenção da prisão, dando conta de que se trata de feito com considerável complexidade e regular andamento, não incidindo ao caso qualquer desídia, negligência ou omissão. Ressalta, ainda, que embora tecnicamente primário, o paciente responde a vários outros processos, revelando tendência à reiteração delitiva.

Às fls. 67/71 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 indeferiu o pedido de liberdade provisória, aduzindo ainda que o paciente possui condições pessoais favoráveis.

A impetrante sustenta que não restou devidamente fundamentada a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória. Não obstante os argumentos externados, não há que se falar em constrangimento ilegal por falta de fundamentação legal no decreto prisional, 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.

As decisões que decretou a prisão preventiva do paciente e a que indeferiu a liberdade provisória foram devidamente fundamentadas, 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 pelo registro de outras ações criminais em desfavor do paciente.

Ora, pela simples leitura das decisões supracitadas, 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 e nos requisitos dos artigos 311 e 313 do Código de Processo Penal, não merecendo acolhida a alegação defensiva de ausência dos pressupostos autorizadores da custódia cautelar

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, analisando detidamente os autos observa-se que a manutenção da custódia do paciente mostra-se necessária para a garantia da ordem pública, mormente tratando-se de delito doloso e em razão do modus operandi que envolveu a empreitada criminosa.

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, apesar de o paciente ainda ser primário, suas condições pessoais favoráveis não são suficientes para elidir a necessidade da constrição provisória. Isso evidenciado, com dados objetivos, pelo modus operando da prática criminosa, restando demonstrado que a liberdade do mesmo impõe risco iminente e concreto à ordem pública.

Insta salientar que, embora tecnicamente primário, o paciente responde a vários outros processos, sendo cinco (05) deles pelo crime de receptação, três (03) outros por adulteração de sinal identificador veicular e mais dois (02) por crime de roubo, demonstrando, claramente que trata-se de pessoa propensa à prática criminosa.

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.

HABEAS CORPUS Nº 0628811-88.2014.8.06.0000
IMPETRANTE: ANA GARDENE ALVES UCHOA BARBOSA
PACIENTE: CLAUDELICE SILVA MATOS
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE/CE
RELATOR: DES. FRANCISCO GOMES DE MOURA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 33, *CAPUT*, E 35 DA LEI Nº. 11.343/2006). PRISÃO PREVENTIVA. 1. NEGATIVA DE AUTORIA. NÃO CONHECIMENTO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA JUDICIAL INADEQUADA. 2. PLEITO DE RELAXAMENTO SOB A ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA O INÍCIO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. MARCHA PROCESSUAL COMPATÍVEL COM A COMPLEXIDADE DO FEITO. PLURALIDADE DE RÉUS (04) E NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS PARA COMARCAS DIVERSAS. AUSÊNCIA DE DESÍDIA OU INÉRCIA POR PARTE DO ÓRGÃO JULGADOR. JÁ DETERMINADA PELO JUÍZO PROCESSANTE A DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. 3. PRETENDIDA A REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR SOB A ADUÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE DENEGOU O PEDIDO DE RELAXAMENTO. INOCORRÊNCIA. DECISÃO SATISFATORIAMENTE FUNDAMENTADA. 4. REQUERIDA A SUBSTITUIÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. FILHO MENOR EM IDADE DE AMAMENTAÇÃO. INCOMPROVAÇÃO QUANTO À IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E,

NESTA EXTENSÃO, DENEGADA, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL.

Hipótese de *Habeas Corpus* impetrado em favor de Claudelice Silva Matos, denunciada nas tenazes dos art. 33 e 35 da Lei nº. 11.343/2006, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de São Gonçalo do Amarante/CE, onde se alega que a paciente é alvo de constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo para o início da instrução criminal e falta de fundamentação da decisão que denegou o pedido de relaxamento da prisão preventiva. Subsidiariamente, pugna pela substituição da custódia preventiva pela prisão domiciliar, com base nas disposições do art. 318, inciso III, do Código de Processo Penal.

Conforme já assentado por ocasião do julgamento de *writ* anteriormente impetrado em favor da ora paciente (processo nº. 0627358-58.2014.8.06.0000), mostra-se de todo inviável o conhecimento da tese de negativa de autoria, nos termos em que suscitados pela impetrante, uma vez que, como cediço, a análise da tese aventada demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório coligido aos autos, o que não se coaduna com o rito célere do remédio heróico, via imprópria para tal finalidade.

Não há falar em excesso de prazo para o início da fase instrutória quando se constata que o desenvolvimento da marcha processual se revela regular, compatível com o rito procedimental estabelecido pela legislação de regência, mormente diante da manifesta complexidade do feito em face da pluralidade de réus e da necessidade de expedição de cartas precatórias para Comarcas distintas, já que os denunciados encontram-se custodiados em Fortaleza, Itaitinga e Aquiraz, fatores que justificam a dilatação dos prazos estabelecidos na legislação processual.

Demais disso, o simples decurso dos prazos previstos na legislação processual, não configura, por si só, o constrangimento ilegal suscitado, notadamente quando

não evidenciado dilatação imotivada por desídia ou inércia do órgão julgador. Há que se considerar, também, que os prazos estabelecidos para a conclusão da instrução criminal não são peremptórios, admitindo-se sua postergação diante das peculiaridades do caso concreto, desde que observados critérios de razoabilidade, como se dá na espécie.

Percebe-se pelo exame do teor da decisão guerreada, que o magistrado de piso, ao revés do que suscitou a impetrante, fundamentou adequadamente a denegação do relaxamento requestado, expondo com clareza suas razões, justificando o indeferimento com esteio na manifesta complexidade do feito, notadamente em razão da pluralidade de réus e da necessidade de expedição de cartas precatórias para Comarcas distintas, conforme destacado quando da análise do aventado excesso de prazo para o início da instrução processual.

No que toca ao pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, verifica-se que apesar de a impetração ter colacionado aos autos certidões de nascimento que certificam ser a paciente mãe de três filhos menores, todos maiores de um ano, não cuidou de trazer qualquer documento específico que demonstre ser ela imprescindível para os cuidados especiais dos infantes, conforme determina o parágrafo único do artigo 318 do Código de Processo Penal que, conforme sua dicção, não se satisfaz com meras presunções.

Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada, em consonância com o parecer ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos acima epigrafados, ACORDAM Excelentíssimos Senhores Desembargadores da SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, sem discrepância de votos, em conhecer parcialmente do pedido de *habeas corpus* e, na parte conhecida, denegar a ordem, nos termos do voto do eminente relator.

RELATÓRIO

Tratam os autos de pedido de *Habeas Corpus* impetrado pela advogada Ana Gardene Alves Uchoa Barbosa em favor de Claudelice Silva Matos, acusada pelo suposto cometimento dos delitos previstos nos artigos 33, *caput,* e 35 da Lei nº. 11.343/2006, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de São Gonçalo do Amarante/CE.

Refere-se inicialmente à tese de negativa de autoria, ressaltando que, a despeito de ter sido presa em flagrante, a paciente não tinha ingerência sobre o veículo utilizado pela família, bem como desconhecia a origem da droga encontrada no interior do citado automóvel, já que não tinha conhecimento da prática de tráfico de drogas desenvolvida por seu marido, uma vez que o mesmo exercia atividade comercial e só havia sido preso uma vez, mas pelo crime de receptação.

Alega ainda a impetrante que a paciente é alvo de constrangimento ilegal em face do excesso de prazo para o início da instrução criminal, argumentando que até a data de ajuizamento do mandamus, em 30/11/2014, perfazendo mais de cinco meses de prisão provisória sem que fosse iniciada a instrução criminal, razão pela qual requer a soltura da paciente, a fim de que possa aguardar em liberdade o processamento da demanda penal.

À continuidade, aduz que o constrangimento ilegal decorreria também da falta de fundamentação da decisão exarada pelo juízo *a quo*, quando da denegação do pedido de relaxamento da prisão preventiva formulada de forma incidental pela defesa da paciente, asseverando, ademais, que a acusada ostenta condições subjetivas favoráveis, sendo suficiente a imposição das medidas cautelares diversas da prisão, nos moldes do art. 319 do CPP.

Por fim, pugna pela substituição do decreto preventivo pela prisão domiciliar, argumentando que a paciente é mãe de três filhos menores, um deles contando com um ano de idade e ainda amamentando, circunstâncias que, ao sentir da impetrante, evidenciariam a necessidade da medida requestada, nos termos das disposições insertas na legislação constitucional e infraconstitucional aplicáveis à espécie.

Juntou aos autos a documentação de fls. 13/55 e 82/84.

Distribuído o feito, vieram-me os autos conclusos, ocasião em que foram requisitadas as informações ao juízo impetrado e, em seguida, que fossem os autos com vista à Procuradoria Geral de Justiça, conforme despacho de fls. 61.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações por meio do expediente que dormita às fls. 65/66.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça, através da promoção lançada às fls. 71/80, pugnou pelo parcial conhecimento do *writ* e, na parte conhecida, por sua denegação.

É o relatório.

Feito que independe de julgamento.

Peço dia para julgamento.

VOTO

Conforme exposto no relatório, cuida-se de pedido de *Habeas Corpus* impetrado pela advogada Ana Gardene Alves Uchoa Barbosa em favor da paciente Claudelice Silva Matos, acusada pelo cometimento, em tese, dos crimes de tráfico e associação para o tráfico de drogas (artigos 33, *caput,* e 35 da Lei nº. 11.343/2006), apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de São Gonçalo do Amarante/CE.

Quanto aos fatos, vê-se pela leitura da inicial acusatória que a paciente, juntamente com José Weverson Pimenta Matias, Maria Enivalnete de Assis Pimenta e Thais Cristina Abreu Henrique, foram denunciados nas tenazes dos artigos 33, *caput,* e 35 da Lei nº. 11.343/2006, porque, no dia 21 de agosto de 2014, por volta das 12h30min, na rodovia CE 085, município de São Gonçalo do Amarante/CE, transportavam, mantinham em depósito e traziam consigo, drogas, consistentes em 7,168 kg (sete vírgula cento e sessenta e oito quilogramas), divididos em 8 (oito) tabletes de maconha, conforme laudo de constatação de substância entorpecente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Ainda segundo a delatória, os denunciados encontravam-se no local acima descrito portando a droga mencionada, objetivando seu fornecimento a terceiros, azo em que policiais civis tomaram conhecimento, por meio do serviço de inteligência da Polícia Civil, que integrantes da quadrilha do traficante "Régis Pitbull", de nome Reginaldo Abreu Henrique, fariam uma entrega de drogas na Praia da Taíba, município de São Gonçalo do Amarante, utilizando-se de um veículo Ecosport, de cor preta, com o pretexto de que estariam numa viagem de lazer, inclusive levando os três filhos menores do delatado Weverson como forma de simular a situação acima descrita.

Prossegue a denúncia relatando que, tomando conhecimento da empreitada, policiais civis saíram em diligências à procura do mencionado veículo acima descrito, culminando por encontrá-lo às margens da CE 085, por volta das 12h30min, quando resolveram abordar os seus ocupantes e realizar busca no interior do mencionado

automóvel, ocasião em que localizaram e apreenderam a droga, sendo que esta se encontrava acondicionada sob o banco do passageiro dianteiro.

Objetivando o relaxamento da custódia cautelar da paciente, alega a impetrante, em suma, que a paciente é alvo de constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo para o início da instrução criminal, falta de fundamentação idônea da decisão que houve por denegar o pedido de relaxamento da prisão preventiva e, subsidiariamente, pugna pela substituição da custódia preventiva pela prisão domiciliar, invocando para tanto a norma prevista no art. 318, III, do CPP.

Todavia, a despeito das argumentações suscitadas pela impetrante, entendo que não há como prosperar a pretensão liberatória e, muito menos, o pleito de substituição do decreto preventivo pela prisão domiciliar, conforme a seguir explicitado.

I – DA TESE DE NEGATIVA DE AUTORIA

Consoante deixei assentado no voto proferido por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº. 0627358-58.2014.8.06.0000, impetrado em favor da ora paciente, cuja sessão foi realizada em 16/12/2014, no âmbito desta Colenda Segunda Câmara Criminal, mostra-se de todo inviável o conhecimento da tese de negativa de autoria, nos termos em que suscitados pela impetrante, uma vez que, como cediço, a análise da tese aventada demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório coligido aos autos, o que não se coaduna com o rito célere do remédio heróico, via imprópria para tal finalidade, conforme pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial.

E é justamente nesse sentido a jurisprudência consolidada no âmbito dos tribunais superiores:

> **Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NEGATIVA DE AUTORIA. ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. VEDAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO PELAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. PACIENTE ENVOLVIDO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ANÁLISE DO ENVOLVIMENTO, OU NÃO, DO PACIENTE COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DO EXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.464/07. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DESTA CORTE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A 8 (OITO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE.**

> **SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. VEDAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A negativa de autoria do delito não é aferível na via do writ, cuja análise se encontra reservada aos processos de conhecimento, nos quais a dilação probatória tem espaço garantido. Precedentes: HC 114.889-AgR, Primeira Turma, de que fui Relator, DJe de 24.09.13; HC 114.616, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 17.09.13.** 2. (...). (RHC 120570, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-097 DIVULG 21-05-2014 PUBLIC 22-05-2014).
>
> **HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. ARGUIDA AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DELITIVAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO- PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA**. **1. A análise da tese concernente à negativa de autoria e à ausência de prova da materialidade delitiva, no caso, depende do reexame da matéria fático-probatória, imprópria na via do habeas corpus, remédio de rito célere e de cognição sumária. Precedentes**. 2. No caso, a exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão da grande quantidade e da natureza da droga apreendida (quase dois quilos de "crack"), inexistindo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado. Precedentes. 3. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 260.827/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, Dje 01/08/2013).

Diante de tais considerações, não conheço do *mandamus* no tocante.

II – DO EXCESSO DE PRAZO PARA O INÍCIO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.

Alega ainda a impetrante que a paciente é alvo de constrangimento ilegal em face do excesso de prazo para o início da instrução criminal, argumentando que até a data de ajuizamento do *mandamus*, em 30/11/2014, perfazendo mais de cinco meses de prisão provisória sem que fosse iniciada a instrução criminal, razão pela qual requer a soltura da paciente, a fim de que possa aguardar em liberdade o processamento da demanda penal.

Sem razão, data vênia.

Em primeiro lugar, há de se destacar que o simples decurso dos prazos processuais, não configura, por si só, o constrangimento ilegal suscitado, notadamente quando não evidenciado dilatação imotivada por desídia ou inércia por parte do órgão julgador. Há que se considerar, também, que os prazos estabelecidos para a conclusão da instrução criminal não são peremptórios, podendo, desde que observados critérios de razoabilidade, ser postergado diante das peculiaridades do caso concreto.

Na hipótese dos autos, constata-se que o retardamento da instrução criminal guarda correlação com a manifesta complexidade do feito, em razão da pluralidade de réus, sendo quatro denunciados no total, além da necessidade de expedição de cartas precatórias para Comarcas distintas, objetivando a citação dos acusados, no caso, Fortaleza, Itaitinga e Aquiraz, locais onde se encontravam custodiados os delatados, fatores que demandam justificada dilação dos prazos processuais.

A propósito, sobre o tema, vejamos o entendimento dos tribunais superiores:

> **RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTS. 33, 35 DA LEI 11.343/2006. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE PRESA EM 16.03.2013. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. INOCORRÊNCIA. DEMORA JUSTIFICÁVEL. COMPLEXIDADE DO FEITO, PLURALIDADE DE RÉUS E DEFENSORES E NESSECIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS. TRAMITAÇÃO COMPREENDIDA COMO REGULAR.** I - A eventual ilegalidade da prisão cautelar por excesso de prazo para formação da culpa deve ser analisada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, não resultando da simples soma aritmética dos prazos abstratamente previstos na lei processual penal, porquanto tais prazos não são absolutos, mas parâmetros para efetivação do direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CR) e do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CR), ao evitar a antecipação executória da sanção penal. Precedentes. II - O excesso de prazo pela demora na conclusão da instrução criminal somente restará caracterizado quando decorrente de providências solicitadas exclusivamente pela Acusação ou por desídia estatal, revelando-se justificável, diante da complexidade da ação penal, quantidade de réus denunciados e necessidade de diligências, expedição de precatórias, dentre outros motivos. Precedentes. III - O retardamento para a conclusão da ação penal revela-se justificável, ante a complexidade do feito e suas peculiaridades, especialmente por tratar-se de processo com 07 (sete) acusados, todos incursos nos arts. 33, 35 da Lei 11.343/2006, com vários defensores distintos atuando no feito, bem como pela necessidade de expedição de carta precatória. IV - A instrução processual encontra-se em ritmo razoável, já tendo sido realizada audiência

> de instrução e julgamento em 27.09.2013 e, atendendo à recomendação da Corte de origem, foi expedida carta precatória para interrogatório dos acusados nas comarcas em que se encontram, cujos atos dependem apenas do cumprimento de outra carta precatória expedida para oitiva da última testemunha de acusação, designada para 03.06.2014. V - Recurso ordinário em habeas corpus improvido, recomendando-se celeridade na conclusão da instrução processual. (STJ - RHC: 46858 SP 2014/0075330-8, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Julgamento: 05/06/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/06/2014).

> **EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA E DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL: NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO.** 1. Decreto de prisão preventiva devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, considerada a possibilidade objetiva de reiteração delituosa, que não é desmentida pelos elementos constantes dos autos. 2. A pluralidade de réus, a expedição de cartas precatórias, o ajuizamento de inúmeras medidas liberatórias e a existência de outros processos criminais em andamento tornam mais lenta a instrução do processo e podem constituir-se em um fator determinante para o alongamento dos prazos, nos limites do razoável. 3. Este Supremo Tribunal assentou que, com a superveniência da sentença condenatória, que constitui novo título da prisão, está superada a questão relativa ao antecedente excesso de prazo da prisão. Precedentes. 4. Habeas corpus denegado. (HC 113189, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 02/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 16-04-2013 PUBLIC 17-04-2013).

Lado outro, não se constata qualquer desídia ou inércia por parte do juízo processante, pelo contrário, referida autoridade tem se esforçado para conduzir a ação penal da forma mais célere possível, com inteira observância das prescrições da legislação de drogas, esclarecendo que a denúncia foi recebida em 29 de setembro de 2014, sendo então determinada a citação dos acusados, expedindo-se para tanto cartas precatórias para as comarcas de Fortaleza, Itaitinga e Aquiraz, já que os denunciados encontram-se presos em locais diversos.

Demais disso, importante ressaltar que o juízo processante já determinou a designação de data desimpedida para a realização da audiência de instrução e julgamento, conforme termo acostado às fls. 85 dos autos digitais, não havendo, portanto, que se

falar em excesso de prazo para a deflagração da fase instrutória, ainda mais quando o desenvolvimento da marcha processual se revela regular, compatível com o rito procedimental estabelecido pela lei de drogas e pela já referida complexidade do feito, além da gravidade dos fatos a serem esclarecidos.

Por fim, importante destacar o entendimento expresso pela Súmula 15 desta Egrégia Corte de Justiça, seguindo a esteira dos Tribunais Superiores, consignando que **"não há falar em ilegalidade da prisão por excesso de prazo quando a complexidade do crime apurado ou a pluralidade de réus justifica a mora na ultimação dos atos processuais".**

Ordem CONHECIDA e DENEGADA neste ponto.

III – DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO SATISFATÓRIA DA DECISÃO QUE DENEGOU PEDIDO DE RELAXAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA.

Argumenta a impetrante que a paciente sofre constrangimento ilegal, em decorrência de não ter o magistrado de piso fundamentado de forma satisfatória o indeferimento do pleito de relaxamento formulado pela defesa da acusada, onde se alegava excesso de prazo da custódia cautelar, asseverando, ademais, que a paciente ostenta condições subjetivas favoráveis, sendo suficiente a imposição das medidas cautelares diversas da prisão, nos moldes do art. 319 do CPP.

No entanto, posto em relevo o inteiro teor da decisão guerreada, verifico que a impetração, também neste ponto, não merece prosperar.

A decisão questionada, no que interessa, foi lavrada nos seguintes termos:

> "(...) O prazo estabelecido na Lei para a prisão processual não tem caráter absoluto, podendo ser elastecido conforme as circunstâncias dos autos como no caso de dificuldades específicas da ralação jurídica, como, por exemplo, a pluralidade de réus e a necessidade de deprecação de atos, como acontece no presente caso.
>
> Por outro lado, "o excesso de prazo a configurar constrangimento ilegal somente se configura diante de atrasos injustificáveis (TRF-1 – Habeas Corpus HC 8189 PA 0008189-45.2013.4.01.0000, DATA DA PUBLICAÇÃO: 04/04/2013). O que não vem a ser o caso dos autos, uma vez que os atos processuais estão transcorrendo dentro dos prazos: prisão em 21.08.14; inquérito teria trinta dias para conclusão, prorrogáveis por mais trinta dias. Inquérito concluído em 19.09.14; denúncia ofertada em 25.09.14; notificação dos acusados para oferecer defesa prévia em 29.09.14 via Carta Precatória, estando os expedientes confeccionados e enviados à jurisdição competente. (...)."

De tal sorte, percebe-se pelo exame do teor da decisão guerreada, que o magistrado de piso, ao revés do que suscitou a impetrante, fundamentou adequadamente a denegação do relaxamento requestado, expondo com clareza suas razões, justificando o indeferimento com esteio na manifesta complexidade do feito, notadamente em razão da pluralidade de réus e da necessidade de expedição de cartas precatórias para Comarcas distintas, conforme destacado quando da análise do aventado excesso de prazo para o início da instrução processual.

Diante de tais considerações, CONHEÇO e DENEGO a ordem, no tocante.

IV – PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR.

Subsidiariamente, requer a substituição da prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar, argumentando que a acusada é mãe de três filhos menores, um deles contando com um ano de idade e ainda em fase de amamentação, circunstâncias que, ao sentir da impetrante, evidenciariam a necessidade da medida requestada, conforme disposto no art. 318, III, do Código de Processo Penal.

Peço vênia à d. impetrante, mas para dela discordar, entendendo como inviável a substituição requerida.

Deveras, no que toca ao pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, verifica-se que apesar de a impetração ter colacionado aos autos certidões de nascimento que certificam ser a paciente mãe de três filhos menores, todos maiores de um ano, não cuidou de trazer qualquer documento específico que demonstre ser ela imprescindível para os cuidados especiais dos infantes, conforme determina o parágrafo único do artigo 318 do Código de Processo Penal que, conforme sua dicção, não se satisfaz com meras presunções.

Como sabido, o *Habeas Corpus*, pela sua natureza célere, não comporta dilação probatória, exigindo-se prova pré-constituída para a sua análise.

Assim deveria a impetrante comprovar de plano a presença dos requisitos para concessão da prisão domiciliar, fornecendo elementos necessários para um possível exame do pleito, o que não ocorreu no caso em apreço.

De tal modo, seu pedido terminou por ficar vazio de prévia comprovação, o que, como se sabe, é exigência própria à ação mandamental.

Sobre a prisão domiciliar prevista no artigo 318, III, do CPP, leciona Guilherme de Souza Nucci:

> [...] Tutela de criança e deficiente: busca-se uma bilateralidade na hipótese descrita pelo inciso III; quer se garantir o eficiente cuidado à criança menor de seis anos ou portadora de deficiência, ao mesmo tempo em que se considera razoável manter o acusado em domicílio, pois estaria muito ocupado para a tutela requerida. Na maior parte dos casos, destina-se a norma à mulher, pois é encargo seu cuidar dos filhos em tenra idade ou portadoras de deficiência. O acusado que pretenda o benefício, haverá de demonstrar, claramente, o seu vínculo com a criança, em particular, os cuidados especiais e imprescindíveis a ela destinados. Não basta juntar aos autos a certidão de nascimento, provando a paternidade ou maternidade; há que se demonstrar a tutela existente [...] -(Código de Processo Penal Comentado , 2012, p. 689).

De se registrar, ademais, que, ainda que não se possa cogitar em reincidência, posto em relevo o princípio constitucional do estado de inocência, constata-se que a paciente já responde por outro crime da mesma natureza, revelando propensão à reiteração delitiva, o que não recomenda sua soltura neste momento processual, sem embargo, diga-se, de que o próprio reitor do feito reaprecie a matéria, levando em conta o conhecimento pormenorizado dos fatos, o tempo de custódia cautelar e necessidade de acautelamento do processo penal.

Por fim, cumpre registrar que a presença de condições pessoais favoráveis, por si só, não é suficiente para elidir a custódia cautelar, máxime em havendo demonstrada necessidade de sua manutenção.

Nesse diapasão, é o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal:

> **EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONDIÇÕES PESSOAIS NÃO IMPEDITIVAS DA PRISÃO CAUTELAR.** 1. Prisão preventiva para garantia da ordem pública face à circunstância de o réu ser dado à prática de roubos qualificados pelo emprego de arma de fogo em concurso de pessoas. Real possibilidade de reiteração criminosa. 2. A periculosidade do réu, concretamente demonstrada, autoriza a privação cautelar da liberdade para garantia da ordem pública. Precedentes. 3.Condições pessoais [primariedade, bons antecedentes, residência e trabalho fixos] não impedem a decretação da

> prisão preventiva quando presentes os requisitos do artigo 312 do CPP. Precedentes. Ordem indeferida. - (HC 96008 / SP - Relator: Min. EROS GRAU - Dj02/12/2008).

Diante de tais considerações, acolhendo parcialmente o parecer ministerial, vota-se pelo parcial conhecimento da presente impetração e, na parte conhecida, pela denegação da ordem.

É como voto.

Fortaleza, 27 de fevereiro de 2015.

HABEAS CORPUS Nº 0629000-66.2014.8.06.0000
IMPETRANTES: NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO, GABRIEL DE ALENCAR MACHADO E PAULA MONTEIRO BARIONI
PACIENTES:
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SOBRAL/CE
RELATOR: DES. FRANCISCO GOMES DE MOURA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, INCISOS II, III e IV, DA LEI Nº. 8.137/90 C/C O ART. 29 DO CPB). ATIPICIDADE DO FATO E AUSÊNCIA DE DOLO. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA DE PROVA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA JUDICIAL INADEQUADA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA. OCORRÊNCIA. DENÚNCIA GENÉRICA. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DOS PACIENTES COM OS FATOS DELITUOSOS. VEDAÇÃO À RESPONSABILIZAÇÃO PENAL OBJETIVA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, CONCEDIDA, EM DISSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL.

Tratam os autos de pedido de *habeas corpus*, com requesto de medida liminar, impetrado pelos advogados NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO, GABRIEL DE ALENCAR MACHADO E PAULA MONTEIRO BARIONI em favor dos pacientes FREDERICO AXEL LUNDGREN E CARLOS NOGUEIRA LUNDGREN, denunciados nas tenazes do art. 1º, II, III e IV, da Lei nº. 8.137/90 c/c o art. 29 do CPB, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro do Norte/CE.

Preliminarmente, cumpre assentar que em relação à alegada atipicidade do fato indicado como delituoso e a ausência

de dolo específico por parte dos integrantes da sociedade, a hipótese, evidentemente, é de não conhecimento, mostrando-se inviável o exame de mérito por meio do remédio heróico, tendo em vista a manifesta inadequação da via judicial eleita para a apreciação das matérias ora ventiladas.

O trancamento de ação penal, por via de *habeas corpus*, reveste-se sempre do caráter de excepcionalidade, só podendo ser concedido quando resultarem incontestáveis a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentar a acusação, quando ocorrer a extinção da punibilidade, ou, ainda, quando a peça acusatória se mostrar notadamente inepta.

No caso como o da hipótese contemplada nos autos, referente ao suposto cometimento de crime contra a ordem tributária, que envolve a conduta delitiva afeta a atos de administração empresarial, entendo que se torna imprescindível a demonstração dos acusados no ato de gestão da referida empresa, para que possa lhes ser imputados o delito em questão.

Inexistindo responsabilidade objetiva em direito penal, é cogente a comprovação de que os agentes conheciam verdadeiramente a situação fática em que estavam envolvidos e que a ela tenham aderido por vontade, não sendo realmente viável a imputação do referido crime aos mesmos em razão, tão somente, da participação na sociedade. Neste contexto, torna-se indispensável que o órgão acusatório estabeleça vínculo, ainda que minimamente, entre os denunciados e a empreitada criminosa, o que a meu sentir, não ocorreu no presente caso.

Nestes termos, embora entenda que o *habeas corpus* não se presta a examinar a tese de que os pacientes não praticaram os delitos que lhes são imputados, ante a completa inexistência de elementos que possam descrever, ainda que de forma sucinta, a relação entre os fatos delituosos e a conduta dos pacientes, é imperioso o trancamento da ação penal em relação aos pacientes, eis que, não estando presentes sequer os indícios quanto à autoria delitiva, resta evidente a ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa.

Habeas Corpus parcialmente conhecido e, nesta extensão, concedido, em dissonância com o parecer ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos acima epigrafados, ACORDAM Excelentíssimos Senhores Desembargadores da SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, sem discrepância de votos, em conhecer parcialmente da presente ordem de *habeas corpus* e, na parte conhecida, dar-lhe provimento, determinando o trancamento da processo penal nº. 5013-54.2004.8.06.0112/0, em curso perante o Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Juazeiro do Norte/CE, nos termos do voto do eminente relator.

RELATÓRIO

Tratam os autos de pedido de *habeas corpus*, com requesto de medida liminar, impetrado pelos advogados NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO, GABRIEL DE ALENCAR MACHADO E PAULA MONTEIRO BARIONI em favor dos pacientes FREDERICO AXEL LUNDGREN E CARLOS NOGUEIRA LUNDGREN, denunciados nas tenazes do art. 1º, II, III e IV, da Lei nº. 8.137/90 c/c o art. 29 do CPB, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro do Norte/CE.

Quanto aos fatos, narra a inicial acusatória que os pacientes, na qualidade de sócios da empresa Lundgren Irmãos Tecidos Indústria e Comércio S/A, foram denunciados pelo Ministério Público do Estado do Ceará, como incurso nas sanções do art. 1º, incisos II, III e IV, da Lei nº. 8.137/90 c/c o art. 29 do CPB, dando origem a ação penal nº. 5013-54.2004.8.06.0112/0, atualmente em curso perante o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro do Norte/CE.

Alegam os impetrantes, em síntese, o seguinte:

1. Que as imputações direcionadas em desfavor dos ora pacientes foram distribuídas em duas ações penais, cujas denúncias, subscritas pelo mesmo Promotor de Justiça, com a mesma descrição dos fatos e postulando idêntica condenação pela suposta prática do delito previsto no artigo 1º, II, III e IV da Lei nº. 8.137/90, diferenciam-se, apenas, quanto aos autos de infração e seus respectivos períodos;

2. Que a peça vestibular que inaugurou a ação penal nº. 3614-53.2005.8.06.0112/0, que teve curso perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro do Norte/CE, foi rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao paciente Frederico Axel Lundgren quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº. 69.999-CE;

3. Que não se encontram presentes os requisitos exigidos pelo art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que não foram individualizadas as condutas perpetradas pelos pacientes, não se estabelecendo na delatória o liame entre o agir dos acusados e o resultado delituoso apontado na incoativa e que os pacientes foram denunciados pelo simples fato de integrarem o quadro societário da empresa acima referida, circunstâncias que evidenciam a inépcia da denúncia guerreada;

4. Que a inicial acusatória, nos termos em que apresentada, compromete o exercício da defesa em toda sua amplitude, eis que não logrou demonstrar o nexo de causalidade entre o resultado ilícito e a participação dos sócios ou dirigentes na sua realização, configurando-se, na hipótese dos autos, em verdadeira responsabilização penal objetiva, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio;

5. Que não houve qualquer ilicitude no procedimento adotado pela pessoa jurídica em questão, conquanto seu proceder restou lastreado no entendimento segundo o qual o aproveitamento dos créditos do ICMS seria direito do consumidor, conforme reconhecido na denúncia, aduzindo ainda que nenhum integrante da administração da empresa citada, sócio ou não, agiu com dolo específico de suprimir obrigação fiscal, circunstâncias que conduziriam ao reconhecimento da atipicidade do fato apontado como delituoso e à ausência do elemento subjetivo essencial para a configuração do tipo penal, razão pela qual faltaria justa causa para a ação penal.

Ao final, pugnaram pela concessão de medida liminar, objetivando o imediato sobrestamento do processo nº. 5013-54.2004.8.06.0112/0 até o julgamento definitivo do *mandamus*. No mérito, postulam o trancamento da ação penal em curso perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro do Norte/CE.

Este é, no essencial, o relatório.

Feito que independe de revisão.

Peço dia para julgamento.

VOTO

Como já exposto no relatório, através da presente ação constitucional de *Habeas Corpus*, buscam os impetrantes o trancamento do processo penal nº. 5013-

54.2004.8.06.0112/0, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro do Norte/CE, que houve por receber denúncia ofertada em desfavor dos pacientes FREDERICO AXEL LUNDGREN E CARLOS NOGUEIRA LUNDGREN, sócios da empresa Lundgren Irmãos Tecidos Indústria e Comércio S/A.

Alegam os impetrantes, em síntese, inépcia da inicial acusatória, já que não demonstrado pelo órgão de acusação o nexo causal entre a conduta dos delatados e a suposta prática delitiva, além da falta de justa causa para ação penal, em razão da atipicidade do fato indicado como delituoso e ausência de dolo específico por parte dos integrantes da citada empresa, circunstâncias que, ao sentir dos impetrantes, conduziriam ao reconhecimento da atipicidade do fato apontado como delituoso e à ausência do elemento subjetivo essencial para a configuração do tipo penal.

Após examinar detidamente os autos, especialmente a denúncia ora questionada, penso que a impetração comporta parcial conhecimento e, na extensão conhecida, a concessão da ordem é medida que se impõe, senão vejamos.

Preliminarmente, cumpre assentar que em relação à alegada atipicidade do fato indicado como delituoso e a ausência de dolo específico por parte dos integrantes da sociedade, a hipótese, evidentemente, é de não conhecimento, mostrando-se inviável o exame de mérito por meio do remédio heróico, tendo em vista a manifesta inadequação da via judicial eleita para a apreciação das matérias ora ventiladas.

De fato, é sempre bom lembrar que o trancamento de ação penal em sede de *habeas corpus* é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, circunstâncias não evidenciadas na hipótese vertente.

Isto porque, para se aferir se os pacientes teriam ou não agido com dolo ou com o intuito de fraudar os cofres públicos, conduzindo ao reconhecimento da atipicidade do fato e ausência do elemento subjetivo imprescindível para a configuração do tipo penal, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência que é vedada na via judicial eleita, mostrando-se incompatível com os estreitos limites do *habeas corpus*, remédio constitucional caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.

Nesse sentido:

> HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. 1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico. 2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de recurso em sentido estrito, contra o qual foi interposto recurso especial, que não foi admitido, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento. 3. Tratando-se de writ impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício. **PECULATO. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA IMPUTADA AO PACIENTE. AUSÊNCIA DE DOLO DE SE APROPRIAR DEFINITIVAMENTE DE VEÍCULO DE QUE TINHA POSSE EM RAZÃO DO CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA. VISLUMBRADA OCORRÊNCIA DE PECULATO DE USO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.** 1. O trancamento de ação penal na via do habeas corpus é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 2**. No caso dos autos, para se aferir se o paciente teria ou não a intenção de se apropriar definitivamente do veículo em questão, ou se apenas o teria utilizado para se deslocar a uma concessionária de automóveis, seria necessária a análise aprofundada de matéria fático-probatória, em verdadeira antecipação do juízo de mérito próprio da ação penal, o que é vedado na via estreita do habeas corpus**. 3. É cediço que o acusado no processo penal se defende dos fatos narrados na exordial acusatória, independentemente da capitulação sugerida pelo Ministério Público, circunstância que permite ao magistrado a adoção dos institutos da emendatio libelli e da mutatio libelli, previstos nos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal, respectivamente, razão pela qual se mostra temerária, neste momento processual e na via estreita do habeas corpus, a pretendida declaração de atipicidade da conduta atribuída ao paciente. 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 209315 BA 2011/0132178-7, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 05/11/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/11/2013).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FALSIDADE IDEOLÓGICA, USO DE DOCUMENTOS FALSOS E DESCAMINHO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. ABSORÇÃO DA FALSIDADE E DO USO DE DOCUMENTOS FALSOS PELO DESCAMINHO. TEMA NÃO ENFRENTADO NO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. ORDEM NÃO CONHECIDA. - Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. - O trancamento de ação penal é medida excepcional que se mostra possível apenas nos casos em que se puder verificar, de plano, a total ausência de provas sobre autoria e materialidade, a atipicidade da conduta, ou diante da ocorrência de uma causa de extinção da punibilidade, o que não ocorre no presente caso. - Nos crimes societários e de autoria coletiva, não se exige a descrição individualizada da participação de cada acusado no evento delitivo, bastando a narrativa do fato e a indicação da suposta participação dos denunciados, de forma a assegurar o exercício do direito de defesa. - No caso, a denúncia é clara ao identificar os fatos imputados aos pacientes, destacando que os denunciados eram os responsáveis pela gerência e administração da empresa, condição na qual praticaram todos os atos necessários para o cometimento das condutas típicas, inclusive com a "inserção de dados falsos, com a redestinação fraudulenta de cargas para o exterior, com o objetivo de fugir aos controles da fiscalização alfandegária" contrabandeando mercadorias "que chegaram ao pais em navio de longo curso, com falsa declaração de origem, destino e procedência". Esclarece, ainda, o modus operandi utilizado na prática dos crimes, detalhando a estrutura delituosa e os envolvidos na fraude. - Muito embora o impetrante tenha deduzido na impetração originária pedido subsidiário para que os crimes de falsidade ideológica e de uso de documentos falso sejam absorvidos pelo crime de descaminho e alegado inexistência do crime de quadrilha ou bando, constata-se que não houve manifestação do Tribunal a quo sobre esse tema no acórdão atacado, não tendo sido opostos os respectivos declaratórios para sanar a omissão, circunstância que impede a manifestação sobre estes temas por esta Corte Superior, vedada a supressão de instância. - **Ainda que fosse possível superar o óbice ao conhecimento destes pedidos, verifica-se que o acolhimento das alegações dos impetrantes implicaria, necessariamente, no exame aprofundado de todo o conjunto fático-**

> **probatório, procedimento impossível de ser realizado em sede de habeas corpus, remédio constitucional caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.** Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC 134.142/AM, Relator: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 25/02/2014, T6 - SEXTA TURMA).

Diante de tais considerações e não havendo maior dificuldade para a compreensão do tema, não conheço da impetração no tocante.

Lado outro, em relação ao pleito de trancamento do processo penal por inépcia da denúncia, tenho que assiste razão aos impetrantes, sendo de rigor a concessão da ordem neste ponto, conforme a seguir explicitado.

A propósito, a denúncia, no que importa, foi lavrada nos seguintes termos:

> "(...) Consoante documentação oriunda da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará em anexo, integrante deste instrumento delatório, os denunciados CARLOS NOGUEIRA LUNDGREN, CARLOS VELOSO FREIRE, FREDERICO AXEL LUNDGREN e IVON MENDES VIRGOLINO, na qualidade de sócios da Empresa Lundgren Irmãos Tecidos Indústria e Comércio S/A, posteriormente mudada a razão social para Pernambucanas Indústria e Comércio, outrora sediada nesta cidade na rua São Pedro, nº. 397, Centro, concorreram no crime contra a ordem tributária ao reduzirem tributo do ICMS, mediante a utilização de elementos inexatos para o cálculo do referido imposto e alterando documento relativo a operação tributável no sentido de suprimir a obrigação fiscal.
>
> Consta nos autos de infração números 176336 e 176337, lavrados em 13 de agosto de 1996, o fato da Empresa dos acusados no período de outubro a dezembro de 1995, creditou-se indevidamente de ICMS no valor de R$ 38.036,00 (Trinta e oito mil e trinta e seis reais), conforme emissão das notas fiscais de entrada de nº 0301, 0330 e 000762, datadas de 31.10.95, 30.11.95 e 30.12.95, no valor de R$ 1.263,00, R$ 8.106,00 e R$ 28.667,00, respectivamente, bem como também creditou-se indevidamente do ICMS do período de janeiro a junho de 1996, no valor de R$ 78.884,00 (Setenta e oito mil oitocentos e oitenta e quatro reais), conforme emissão das Notas Fiscais de Entrada de nº 000797, 000819, 000848, 001006, 001461 e 001494, datadas de 31.01.96, 29.02.96, 30.03.96, 30.04.96, 31.05.96 e 29.06.96, no valor de R$ 14.680,00, R$ 12.368,00, R$ 11.596,00, R$ 12.705,00, R$ 18.220,00 e R$ 9.315,00, respectivamente, considerado pelo Fisco como crédito extemporâneo. Acrescenta a Fazenda Estadual que a empresa dos acusados utilizou-se do parecer da empresa de consultoria IAB, sobre a Resolução do Senado Federal 129/79, referida resolução previa a aplicação da alíquota máxima para todas as operações e prestações internas e interestaduais. Afirma, porém, que posteriormente o senado

> editou nova Resolução de nº. 07/80, criando o diferencial de alíquota nas operações e/ou prestações interestaduais, tendo referida Resolução sido declarada inconstitucional. Esclarece ainda que com a promulgação da Constituição de 1988, qualquer dúvida foi esclarecida, sendo assim, diante dos fatos constatados e considerados o desrespeito à Legislação de Tributos Estaduais, Decreto nº. 21.219/91, é que foi lavrado os referidos Autos Infracionais.
>
> Empós o contencioso administrativo tributário, ficou constatado que a empresa realmente apropriou-se indevidamente de créditos do ICMS, decorrente de lançamento extemporâneo de diferença de alíquotas em operações interestaduais, sendo então condenada ao pagamento dos valores inseridos na Resoluções nº. 359/2002 (Processo 1/3211/1996) e nº. 360/2002 (Processo 1/3209/1996).
>
> Os procedimentos administrativos transitaram em julgado em 14/02/2003 e não há informações nos autos da quitação tributária. O Fisco foi lesado. Configurado ficou o crime contra a ordem tributária.
>
> Presentes, a prova da materialidade do delito e os indícios de autoria consoante provas documental e testemunhal produzidas na fase administrativa, estando os denunciados CARLOS NOGUEIRA LUNDGREN, CALOS VELOSO FREIRE, FREDERICO AXEL LUNDGREN e IVON MENDES VIRGOLINO incursos no CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, nos termos do Art. 1º, II, III e IV da Lei nº. 8.137/90 c/c Art. 29 do Código Penal. (...)".

Pois bem. Inicialmente, cumpre registrar que o trancamento de ação penal, por via de *habeas corpus*, reveste-se sempre do caráter de excepcionalidade, só podendo ser concedido quando resultarem incontestáveis a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentar a acusação, quando ocorrer a extinção da punibilidade, ou, ainda, quando a peça acusatória se mostrar notadamente inepta.

No caso dos autos, após análise da exordial acusatória, percebe-se que a mesma qualificou todos os réus e na sequência passou a atribuir a todos eles a conduta delitiva prevista no art. 1º, incisos II, III e IV da Lei 8.137/90, consistente em fraudar a fiscalização tributária, falsificar nota fiscal e emitir documento que saiba ou deva saber falso ou inexato, sem, contudo, demonstrar, minimamente que fosse, o nexo de causalidade entre as condutas dos delatados e a prática dos fatos típicos descritos na denúncia.

Não se desconhece que nos crimes societários, cometidos contra a ordem tributária, doutrina e jurisprudência majoritárias, tem abrandado o rigor do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, eis que, em razão da natureza dessas infrações, nem sempre é possível, quando do oferecimento da peça acusatória, delimitar a atuação de cada um dos agentes.

Por tal razão, tratando-se de crime societário, como se dá na espécie, admitir-se-ia a formalização de uma denúncia genérica, através da individualização não exaustiva das condutas imputadas aos acusados, reservando-se para a fase instrutória a perquirição sobre a participação de cada um dos integrantes da empresa em questão, desde que se ofereça aos acusados a possibilidade de conhecer os termos da imputação, sob pena de restar vilipendiado o princípio constitucional da ampla defesa.

Contudo, em caso como o da hipótese contemplada nos autos, referente ao suposto cometimento de crime contra a ordem tributária, que envolve a conduta delitiva afeta a atos de administração empresarial, entendo que se torna imprescindível a demonstração dos acusados no ato de gestão da referida empresa, para que possa lhes ser imputados o delito em questão.

Isto porque, inexistindo responsabilidade objetiva em direito penal, é cogente a comprovação de que os agentes conheciam verdadeiramente a situação fática em que estavam envolvidos e que a ela tenham aderido por vontade, não sendo realmente viável a imputação do referido crime aos mesmos em razão, tão somente, da participação na sociedade. Neste contexto, torna-se indispensável que o órgão acusatório estabeleça vínculo, ainda que minimamente, entre os denunciados e a empreitada criminosa, o que a meu sentir, não ocorreu no presente caso.

Sobre a temática, trago à colação a doutrina de Renato Brasileiro de Lima, que bem delimita acerca da matéria em destaque, *verbis*:

> "(...) Especificamente quanto aos chamados crimes societários (ou de gabinete), assim entendidos aqueles praticados por sócios, mandatários, administradores ou responsáveis por uma pessoa jurídica, a jurisprudência entendia, num primeiro momento, ser válido o oferecimento de denúncia genérica, ou seja, uma denúncia que não descrevesse, individualizadamente, a conduta de cada um dos denunciados. A denúncia poderia, então, narrar genericamente a participação de cada agente, cuja conduta específica seria apurada no curso do processo, desde que permitisse o direito de defesa.
>
> Assim é que o Supremo já concluiu que "tratando-se de crimes societários, não é inepta a denúncia em razão da mera ausência de indicação individualizada da conduta de cada indiciado. Configura condição de admissibilidade da denúncia em crimes societários a indicação de que os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. (...) No caso concreto, a denúncia é que porque comprovou, de plano, que todos os denunciados eram, em igualdade de condições, solidariamente responsáveis pela representação legal da sociedade comercial envolvida".
>
> Mais recentemente, no entanto, nota-se que a jurisprudência passou a se inclinar no sentido da impossibilidade de oferecimento de denúncia

> genérica. De fato, em julgados mais recentes dos Tribunais Superiores, tem-se entendido que, quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica. Ela deve estabelecer o vínculo do administrador ao ato ilícito que lhe está sendo imputado. É necessário que descreva, de forma direta e objetiva, a ação ou omissão do acusado. Do contrário, ofende os requisitos do art. 41 do CPP, os Tratados Internacionais sobre o assunto, além dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. O princípio da responsabilidade penal adotado pelo sistema jurídico brasileiro é o pessoal (subjetivo). Portanto, a autorização pretoriana de denúncia genérica para os crimes de autoria coletiva não pode servir de escudo retórico para a não descrição mínima da participação de cada agente na conduta delitiva. Uma coisa é a desnecessidade de pormenorizar. Outra, é a ausência absoluta de vínculo do fato descrito com a pessoa do denunciado. (...)'. (In Manual de Processo Penal, Vol. I, 2ª ed., 2012, p. 378/379).

Nestes termos, embora entenda que o *habeas corpus* não se presta a examinar a tese de que os pacientes não praticaram os delitos que lhes são imputados, ante a completa inexistência de elementos que possam descrever, ainda que de forma sucinta, a relação entre os fatos delituosos e a conduta dos pacientes, é imperioso o trancamento da ação penal em relação aos pacientes, eis que, não estando presentes sequer os indícios quanto à autoria delitiva, resta evidente a ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa.

Nesse sentido, oportuno conferir os seguintes pronunciamentos jurisprudenciais:

> **RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/1990). PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. SITUAÇÃO QUE NÃO SE AMOLDA À PREVISTA NO ART. 34 DA LEI N. 9.249/1995. EXISTÊNCIA DE PENHORA GARANTIDORA DA DÍVIDA. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL. AUSÊNCIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. INICIAL QUE NÃO DEMONSTROU O MÍNIMO NEXO CAUSAL ENTRE OS ACUSADOS E A CONDUTA IMPUTADA. CONSIDERAÇÃO, APENAS, DA CONDIÇÃO DOS RECORRENTES DENTRO DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE MENÇÃO DA COMPETÊNCIA FUNCIONAL DOS IMPUTADOS. CONFIGURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO**. 1. Esta Corte pacificou o entendimento segundo o qual o trancamento de ação penal pela via eleita é medida excepcional, cabível apenas quando demonstrada, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a

manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria. Precedentes. 2. As decisões hostilizadas estão em consonância com o entendimento sedimentado neste Superior Tribunal, no sentido de que a extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei n. 9.249/1995 só ocorre se o parcelamento do débito acontecer antes do recebimento da denúncia, não sendo esse o caso dos autos. 3. A Sexta Turma deste Superior Tribunal já decidiu que o oferecimento de garantia em embargos à execução fiscal não é causa extintiva de punibilidade penal, ainda que apta ao adimplemento integral do débito tributário. Precedente. 4. Este Corte Superior tem reiteradamente decidido ser inepta a denúncia que, mesmo em crimes societários e de autoria coletiva, atribui responsabilidade penal à pessoa física, levando em consideração apenas a qualidade dela dentro da empresa, deixando de demonstrar o vínculo desta com a conduta delituosa, por configurar, além de ofensa à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio. 5. No caso dos autos, observa-se que não se demonstrou de que forma os recorrentes concorreram para o fato delituoso imputado a eles na acusação, tendo sido atribuída a conduta criminosa exclusivamente pelo fato de eles serem sócios-gerentes da empresa. 6. Recurso em habeas corpus parcialmente provido para trancar a ação penal proposta contra os recorrentes, em face do reconhecimento da inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra seja oferecida, desde que preenchidas as exigências legais. (RHC 35.687/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 07/10/2014).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I E II, DA LEI N. 8.137/1990). PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. INICIAL QUE NÃO DEMONSTROU O MÍNIMO NEXO CAUSAL ENTRE O ACUSADO E A CONDUTA A ELE IMPUTADA. CONSIDERAÇÃO, APENAS, DA CONDIÇÃO DO RECORRENTE DENTRO DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE MENÇÃO À COMPETÊNCIA FUNCIONAL DO IMPUTADO. CONFIGURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Cumpre salientar, de início, que esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento de ação penal pela via eleita é medida excepcional, cabível apenas quando demonstrada, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria. 2. No caso dos autos, observa-se que não se demonstrou de que forma o recorrente concorreu para o fato delituoso a ele imputado na acusação, tendo-lhe sido atribuída a conduta criminosa exclusivamente pelo fato de ele ser representante legal da empresa. 3. Este Superior de Justiça tem reiteradamente decidido ser inepta a denúncia que, mesmo em crimes societários e de autoria coletiva, atribui responsabilidade penal à pessoa física, levando em consideração apenas a

> qualidade dela dentro da empresa, deixando de demonstrar o vínculo desta com a conduta delituosa, por configurar, além de ofensa à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio. 4. Recurso em habeas corpus provido para trancar a ação penal proposta contra o recorrente, sem prejuízo de que outra denúncia seja oferecida, desde que preenchidas as exigências legais. (RHC 43.405/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 22/09/2014).

Demais disso, ainda mais me convenço da presença de constrangimento ilegal suportado pelos pacientes quando se compara a denúncia ofertada pelo mesmo Promotor de Justiça da Comarca de Juazeiro do Norte em feito diverso, nos autos do processo nº. 3614-53.2005.8.06.0112/0, imputando aos pacientes e a outros delatados a prática do mesmo fato delitivo, diferenciando-se tão somente quanto ao período apurado pelo Fisco, cuja leitura nos permite verificar que se trata, praticamente, de cópia integral da inicial acusatória objeto do presente *writ*.

Ocorre que, a citada denúncia, apresentada em outro processo, mas com descrição idêntica dos fatos supostamente delituosos, foi submetida à apreciação perante o Superior Tribunal de Justiça, decidindo aquela Egrégia Corte de Justiça pela rejeição da inicial acusatória nos termos em que formalizada nos autos do processo nº. 3614-53.2005.8.06.0112/0, entendendo o colegiado, sem discrepância de votos, que o órgão de acusação descuidou em estabelecer, mesmo que minimamente, o nexo entre as condutas dos sócios e a prática dos delitos a eles imputados, caracterizando, dessa maneira, responsabilização penal objetiva.

A mencionada decisão restou assim ementada:

> **HABEAS CORPUS. CRIME SOCIETÁRIO. DELITOS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI 8.137/90). ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO. ERRO DE PROIBIÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INÉPCIA DA INICIAL CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. ORDEM CONCEDIDA.** 1. Inviável se mostra a análise das alegações de ausência de dolo e ocorrência de erro de proibição, visto que o habeas corpus é marcado por cognição sumária e rito célere, motivo pelo qual não comporta o exame de questões que demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos. 2. O trancamento de ação penal, pela via estreita do habeas corpus, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na peça acusatória, verifica-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que não existe nenhum elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito imputado ao paciente ou,

> ainda, quando extinta encontra-se a punibilidade. 3. Nos crimes societários, embora não se exija a descrição minuciosa da conduta do acusado, é necessário que haja a narrativa dos fatos delituosos, de sua suposta autoria, do vínculo de causalidade (teorias causalista e finalista) e do nexo de imputação (teorias funcionalista e constitucionalista), de maneira a permitir o exercício da ampla defesa. 4. Não há confundir narrativa perfunctória da conduta com imputação de responsabilidade penal objetiva. Cabe ao órgão acusador, em sua peça inicial, a demonstração do vínculo, ainda que mínimo, entre o risco causado ao objeto penalmente tutelado e a conduta efetiva do denunciado na condição de sócio da empresa para que se possa dar início à ação penal com o recebimento da denúncia. 5. Ordem concedida para anular a ação penal em relação ao paciente, desde o recebimento da denúncia, inclusive, sem prejuízo de que outra seja oferecida, uma vez sanados os vícios. (HC 69.999/CE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 31/08/2009).

Assim, ainda que despida de efeito vinculante, não há o que se dissentir da decisão emanada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, justamente por ter reconhecido a necessidade de fixação na inicial acusatória, ainda que de forma mínimca, do liame existente entre as condutas atribuídas aos delatados e a prática dos delitos descritos na exordial acusatória, a fim de que não reste violado o exercício da ampla defesa, nos termos consagrados no texto constitucional.

Por tais considerações, em razão da ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal, divergindo do parecer ministerial, conheço parcialmente da impetração e, nesta extensão, CONCEDO A ORDEM, determinando o trancamento do processo penal nº. 5013-54.2004.8.06.0112/0, instaurado em desfavor dos pacientes FREDERICO AXEL LUNDGREN E CARLOS NOGUEIRA LUNDGREN, sem prejuízo de que outra denúncia seja oferecida pelo Ministério Público, corrigindo-se os vícios ora apontados.

É como voto.

Fortaleza, 27 de fevereiro de 2015.

PROCESSO N°: 0074888-78.2012.8.06.0000.
TIPO: *HABEAS CORPUS* DIGITAL.
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL.
PACIENTE: LEONARDO PEREIRA DA SILVA.
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE CRATO/CE.
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA.

EMENTA: PENAL E EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. INCIDENTE DE EXECUÇÃO. PLEITO DE NULIDADE DA DECISÃO DE REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO EM EXECUÇÃO. DESPREZO À LÓGICA DO SISTEMA RECURSAL VIGENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA CONTROVÉRSIA PELA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO *EX-OFFICIO* DA ORDEM.

1. Impetração substituta de recurso de agravo de execução, em favor de paciente que, condenado a pena em regime semi-aberto, não foi mais localizado para participar da audiência admonitória, situação que lhe rendeu a regressão do regime prisional, pedindo, aqui, a nulidade do decisório.

2. "(...) *É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especiall), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.(...)".*(STJ)

3. O artigo 197 da LEP dispõe que: *"Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo."* No caso concreto, o impetrante abriu mão de utilizar-se do recurso legal, sendo portanto, inviável a solução da controvérsia na via célere do *habeas corpus*.

4. Na vertência, o juízo apenas regrediu provisoriamente o regime prisional e tudo indica continua procurando o paciente para que apresente suas justificativas, só que ele nem justificou

e nem recorreu da decisão que ora questiona, ao contrário, preferiu a via instantânea do *mandamus*.

5. Ordem não conhecida, impossibilidade de concessão *ex-officio.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de *habeas corpus* nº. 0074888-78.2012.8.06.0000 ajuizado pela Defensoria Pública do Estado do Ceará, em favor de Leonardo Pereira da Silva, contra ato do Juízo da 1ª Vara da Comarca de Crato/CE.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em não conhecer do *habeas corpus,* nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre ordem de *Habeas Corpus* ajuizado pela Defensoria Pública do Estado do Ceará, em prol de Leonardo Pereira da Silva, acoimando ato do Juízo da 1ª Vara da Comarca de Crato/CE**.** (fls. 01/06).

Diz o impetrante, em resumo, que o paciente cumpre pena de (05) anos de reclusão em regime semi-aberto; que não foi localizado para comparecer à audiência admonitória e por este motivo o Juízo regrediu o seu regime prisional para o fechado, situação que, no seu entendimento caracteriza ao constrangimento ilegal, digno de ser reparado por esta via estreita.

Afirma que o paciente sequer iniciou o cumprimento da pena em regime semi-aberto e por isso, não poderia haver a regressão, principalmente porque a sua defesa não foi notificada para o ato.

Conclui, requerendo liminarmente que a nulidade da regressão do regime prisional fechado.

No mérito, a confirmação da liminar e concessão definitiva da ordem.

À impetração colacionou-se os documentos de fls. 07/71.

Liminar indeferida, conforme decisão de fls. 79/80.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 84/86.

Com vista, a douta Procuradoria Geral de Justiça, através do parecer de folhas 89/93, opinou pelo conhecimento e concessão do *mandamus*.

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de *habeas corpus* substituto de recurso de agravo de execução, ajuizado em favor de paciente que sentenciado a cumprir pena em regime semi-aberto, sequer foi localizado por oficial de justiça para participar da audiência admonitória, situação que lhe rendeu a regressão provisória do regime prisional imposto, no caso, para o fechado.

Compulsando o caderno percebe-se de plano que o paciente tomou o atalho do *habeas corpus*, uma vez que abriu mão de utilizar o recurso cabível na especie, no caso, o Agravo de Execução penal previsto no art. 197 da Lei de Execução Penal, o qual dispõe que: *"Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo."*

A jurisprudência recente do Colendo Superior Tribunal de Justiça vem recomendando que o *mandamus* constitucional só seja conhecido em situações especialíssimas, evitando com isso a sua banalização e substituição por recursos previsto no ordenamento, vejamos:

> "(...) É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal. 2. Não é possível a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.(...)"
> (HC 135.477/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 13/02/2012).

Como visto, a impetração veio como sucedâneo de recurso de agravo, que por sinal, possui prazo de interposição de cinco dias, contrarrazões e Juízo de retratação, tornando-se impossível o seu conhecimento em face da sua inadequação, assim como, por necessitar de exame da prova, já que busca-se a nulidade da decisão que regrediu provisoriamente o regime prisional do paciente.

Ademais, o Juízo apenas regrediu provisoriamente o regime prisional e continuou procurando o paciente para que apresente suas justificativas, só que ele nem

justificou e nem recorreu da decisão ora questionada, preferindo, ao contrário, a via aligeirada do *mandamus*.

Por tudo isso, impossível se mostra o conhecimento da ordem e muito menos a sua concessão *ex-officio*. A uma, porque o juízo sequer tomou conhecimento das razões aqui sustentadas, isso significando supressão do grau de jurisdição; a duas, porque não se utilizou da sistemática recursal vigente e, a três, porque inexistem elementos caracterizadores de qualquer ilegalidade manifesta.

Pelos motivos acima expostos, não conheço do *mandamus*, em dissonância com o parecer da Douta Procuradoria de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 23 de outubro de 2012.

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Ação cautelar de exibição de documentos - cerceamento de defesa alegado – ausência de resposta a quesito suplementar em perícia contábil – improcedência – quebra de sigilo bancário de pessoa estranha à relação processual – impossibilidade – quesitos suplementares indeferidos – argumento alcançado pela coisa julgada – aplicação do art. 467 do CPC – alegado erro in procedendo do magistrado a quo ao julgar a demanda antes da apreciação do recurso de agravo de instrumento – improcedência.....185/188.

Ação cautelar inominada – extinção de processo, sem resolução de mérito – liminar concedida, sob a condição da prestação de caução fidejussória – ausência de negativa de prestação jurisdicional – julgamento antecipado da lide e exigência da prestação de garantia pessoal – inexistência de impugnação – preclusão temporal.....145/146.

Ação de averiguação de paternidade – ação anteriormente ajuizada e julgada extinta – coisa julgada – relativização – ausência de exame de DNA – repropositura da ação – possibilidade .....284.

Ação declaratória c/c cobrança e indenização por danos morais – preliminar de ilegitimidade ativa ad causam da promovente/apelada acolhida – legitimidade do espólio, por meio do inventariante, para pleitear em juízo o direito ao recebimento do valor relativo ao título pertencente ao de cujus – art. 12, V, do CPC .....181.

Auxílio invalidez – concessão com fundamento no art. 53 da Lei nº 10.072/76 – estatuto dos policiais militares do Estado do Ceará – necessidade de lei específica regulamentadora do benefício – ausência da norma legal de que emana o direito pretendido – impossibilidade – não compete ao Judiciário proceder à integração legislativa – entendimento pacífico do TJCe .....81.

Benefício da justiça gratuita – deferimento – presunção de que a parte não possui condições financeiras para despender as despesas – revogação do benefício – não demonstração dos motivos – impossibilidade.....157.

Compra e venda de imóvel – loteamento irregular – inadimplência do comprador – culpa recíproca – rescisão – restituição das partes ao estado anterior – devolução das parcelas – retenção de metade das quantias pagas por fruição do comprador – indenização pelas benfeitorias edificadas.....277.

Concessionária de serviço público – choque elétrico – vítima do evento danoso que sofreu queimaduras – dano moral in re ipsa - dano estético comprovado – possibilidade de cumulação – nexo de causalidade existente – responsabilidade civil objetiva – CDC – incidência – precedentes do STJ e do TJCe.....211/212.

Concurso público – curso de formação de oficiais da polícia militar – litisconsórcio ativo facultativo – impossibilidade de formação após ocorrência da distribuição – princípio do juiz natural – efeitos translativo e devolutivo da apelação – atos e omissões de um litisconsorte não prejudicam nem beneficiam os demais.....260/262.

Concurso público – polícia militar – candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital – participação no curso de formação em virtude de liminar – inexistência de direito subjetivo a continuar na corporação militar – inobservância da nota de corte – percepção de remuneração pelo serviço efetivamente prestado – possibilidade ...20/21.

Contrato de prestação de serviço – exceção do contrato não cumprida – descumprimento pelo contratado – não comprovação – rescisão contratual indeferida – levantamento do valor devido após o trânsito em julgado ou durante a execução provisória .....225/226.

Contrato particular de assunção de débito – título executivo extrajudicial – ausência de citação – extinção da ação – impossibilidade – inocorrência de prescrição – a exequente sempre promoveu atos no intuito de efetivar a citação da parte executada.....168.

Curso profissionalizante de jovens e adultos – limite mínimo de idade estabelecido de 14 anos para matrícula de aluno – inscrição de jovem de 13 anos – negativa pela escola estadual – impossibilidade – ordenamento constitucional – garantia de acesso incondicional do estudante à educação, ensino e treinamento técnico .....76.

Discussão entre as partes – ofensas mútuas – indenização por danos morais – ação criminal arquivada – arquivamento que não impede o prosseguimento de ação reparatória – impossibilidade de se definir quem deu causa à briga – danos morais improcedentes .....235/236.

Dívida ativa estadual – débitos cobrados em execuções fiscais – ausência de suspensão da exigibilidade do crédito – expedição de certidão negativa – impossibilidade – precedentes do STJ e do TJCe – legalidade da inscrição no CADINE.....60/61.

Enfiteuse – domínio útil – decretação de ilegitimidade ativa dos herdeiros – legitimidade conferida ao espólio – interpretação restritiva – ofensa ao princípio da instrumentalidade das formas – retorno dos autos à origem .....53/54.

Garantia hipotecária – escritura pública – penhora sobre imóvel – representação societária – aparente regularidade – simulação – boa fé – ressalva dos direitos – questão de ordem pública – regularidade da constrição efetivada no imóvel – intimação – teoria da aparência .....247/249.

Locação de imóvel – fiança – garantia locatícia – permanência até a devolução do imóvel – inteligência do art. 39, da Lei de locações – inaplicabilidade da Súmula nº 214/STJ – dívidas pendentes – IPTU e taxas condominiais – obrigações acessórias – responsabilidade solidária.....172/173.

Morte de detento nas dependências de presídio – responsabilidade civil objetiva do Estado – inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal – teoria do risco administrativo – dever de guarda e vigilância – integridade física do apenado – dano moral caracterizado.....89/91.

Pensão previdenciária – Lei Complementar nº 12/99, vigente à época do óbito do instituidor – idade limite para recebimento – maioridade – incidência da Súmula nº 340 do STJ – cessação legal da pensão aos 21 anos de idade – pretensão de recebimento até os 24 anos ou término dos estudos universitários – ausência de amparo legal.....131.

Policial militar – instauração de processo disciplinar – conclusão do processo administrativo – arquivamento – extinção da ação por perda superveniente de interesse processual – condenação ao pagamento de honorários advocatícios – possibilidade 38.

Previdência privada – suplementação de aposentadoria – idade mínima – decreto nº 81.240/78 – validade – aplicação de redutor etário – possibilidade .....103/104.

Registros públicos – contrato particular de compra e venda – pedido de averbação à margem da matrícula imobiliária – detalhamento de pendências pelo oficial de registro – desnecessidade – princípio da publicidade .....46/47.

Reintegração de posse – contestação – pedido de manutenção na posse e de indenização por benfeitorias – procedência do pedido de reintegração e da indenização por benfeitorias formulado na peça contestatória – ausência de procuração do advogado da ré – irregularidade não sanada – ausência de contestação – exclusão da indenização por benfeitorias – sentença extra petita .....152.

Servidor público – guarda municipal – jornada de trabalho - pleito de recebimento de hora extra a partir da oitava hora trabalhada – impossibilidade – compensação natural propiciada pelo descanso de 36 horas seguintes a cada 12 de trabalho .....15.

Servidor público – remuneração – carga horária reduzida – impossibilidade de percepção de vencimentos inferior ao salário mínimo – incidência do art. 7º, IV, da Constituição Federal.....122.

Suprimentos médicos – idosa carente que vive acamada – ação civil pública - responsabilidade solidária dos entes federativos – saúde – direito à vida – máxima constitucional – inexistência de ingerência do Poder Judiciário .....113.

Troca de tubulação de adutora – fornecimento de água a Distrito – transtornos à população carente de recurso hídrico – ação ordinária de obrigação de não fazer – DERT – autarquia – ente público dotado de personalidade jurídica e autonomia administrativa – capacidade para estar em juízo – ilegitimidade passiva ad causam do Estado do Ceará ..... 137/138.

União estável – ação declaratória de reconhecimento post mortem – demonstrados os elementos caracterizadores essenciais da união estável alegada: publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituição de família – indicativos seguros de que o extinto estava separado de fato de sua esposa – reconhecimento devido .....161.

União estável – reconhecimento e dissolução – comprovação da existência do relacionamento – interdição do companheiro posterior ao período da união estável – efeito ex nunc – atos praticados antes da interdição – presunção de validade .....203.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação civil pública – direito ambiental – concessão de liminar determinando a interdição de matadouro público e cessação de suas atividades – péssimas condições de higiene – intempestiva manifestação do recorrido – impossibilidade de validação de ato realizado fora do prazo – plausibilidade jurídica do pedido e perigo da demora.....358.

Ação de indenização por danos materiais e morais – cumulação de pedidos – valor da causa – soma dos pedidos requeridos na exordial – arts. 258 e 259, II, do CPC.....313.

Concurso público – inspetor da polícia civil – candidato demitido da polícia militar a bem do serviço – regular processo administrativo em data pretérita ao certame – exclusão do candidato em virtude de previsão editalícia – legalidade presente – respeito aos princípios da moralidade e da razoabilidade .....293/294.

Desapropriação – elaboração de cálculo do montante devido – contadoria do fórum – homologação – alegativa de erro sobre percentuais de juros, honorários periciais e atualização de depósito – conhecimento técnico – novo parecer – inexistência de equívoco sobre os juros e depósito – retificação do valor referente aos honorários periciais .....326/327.

Execução fiscal – exceção de pré-executividade – inviabilidade – alegativa de prescrição e irregularidade no redirecionamento da obrigação tributária – inscrição na dívida ativa – execução ajuizada tempestivamente – inexistência de prescrição na obrigação tributária – falência da sociedade – redirecionamento – possibilidade – viabilidade do prosseguimento da execução.....318/319.

Previdência privada – ação de prestação de contas – procedimento bifásico – segunda fase inconclusa – exame das contas prestadas pela entidade – dever de atualização financeira e atuarial dos valores reservados aos beneficiários – envio dos autos ao setor de contadoria – lesão grave e de difícil reparação – competência privativa do profissional atuário .....336/337.

Registro imobiliário – ação de nulidade – intransferibilidade do bem – alegativa de ilegitimidade do mandatário – escritura pública de compra e venda – instrumento de mandato – ausência de verossimilhança das alegações – não demonstração de lesão grave e de difícil reparação – poder geral de cautela – art. 798, CPC .....350/351.

Servidor público – demissão após processo administrativo disciplinar – desrespeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório – precedentes do STF e STJ – verossimilhança das alegações e perigo da demora evidenciados .....303/304.

AGRAVO REGIMENTAL

Agravo de instrumento – pedido de tutela recursal de urgência – indeferimento pelo relator – irrecorribilidade – art. 527, Parágrafo Único, do CPC – não conhecimento do regimental – incidência da norma processual codificada, inaplicabilidade da regimental – fundamento, art. 96, I, "A", da Constituição Federal .....379.

Agravo de instrumento – preparo – guia de recolhimento do FERMOJU – não preenchimento do número do processo no qual a decisão agravada foi proferida – impossibilidade de verificação do correto recolhimento do preparo recursal – impropriedade – deserção – precedentes do STJ e TJCe .....397.

Art. 285, A, do CPC – indeferimento liminar – necessidade de casos idênticos – não configuração – questões de fato discutidas na lide – sentença anulada – precedentes .....371/372.

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental – agravo de instrumento – preparo – ausência da guia de recolhimento do FERMOJU – impossibilidade de aferição da correspondência entre o preparo, a guia e o processo – art. 511, caput c/c o art. 525, § 1º, ambos do CPC, e art. 1º da Portaria nº 583/98, do TJCe – preparo impróprio – deserção.....388.

Fundamentação – razões recursais insuficientes à impugnação da decisão monocrática – inobservância do princípio da dialeticidade – precedentes do STJ – não conhecimento ...365.

Pensão provisória – Lei Complementar nº 31/2002 – demora injustificada por mais de dois anos na conclusão do procedimento – morosidade e inoperância que priva a pensionista da integralidade do benefício previdenciário.....405.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei municipal – parâmetro de controle – invocação de dispositivo da Constituição Estadual, Federal e de legislação infraconstitucional – impossibilidade de controle concentrado abstrato de inconstitucionalidade em face da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional – processo parcialmente extinto – Lei municipal constitucional em face da Constituição Estadual.....415/417.

MANDADO DE SEGURANÇA

Idosa – portadora de doença grave – necessidade de internação em unidade semi-intensiva da rede hospitalar – dever do Estado – possibilidade de intervenção do Judiciário – omissão Estatal – efetivação dos direitos fundamentais à vida e à saúde – princípio da dignidade da pessoa humana – inaplicabilidade da reserva do possível .....455/456.

Previdenciário – Estatuto da Criança e do Adolescente – inscrição de menor sob guarda como dependente para fins previdenciários – possibilidade – entendimento sufragado pelo STF.....427/429.

Servidores públicos aposentados – descontos efetivados mediante pagamento a menor do prêmio por desempenho fiscal e da submissão de vantagens pessoais ao teto remuneratório dos servidores estaduais – redução ocorrido após a edição da Emenda Constitucional nº 41/2003 – legalidade da submissão – respeito à Constituição Federal, art. 37, Inciso XI – precedentes do TJCe, STJ e STF .....439/441.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Apropriação indébita praticada em razão do ofício – dúvidas quanto ao dolo ou animus rem sibi habendi – absolvição - indubio pro reo.....476.

Corrupção de menores – abolitio criminis – questão de ordem pública a ser reconhecida de ofício .....525/526.

Crime de furto tentado – sentença condenatória – pedido de reforma da decisão requerendo a absolvição do acusado ante o princípio da insignificância ou bagatela – impossibilidade de acolhimento – autoria e materialidade demonstradas – reiteração criminosa.....499.

Furto qualificado – pleito absolutório – aplicação do princípio da insignificância – incabível – redução da pena – parcial cabimento – condenação anterior prescrita e inquérito policial inapto a justificar maus antecedentes – redimensionamento da pena-base a patamar um pouco acima do mínimo legal – readequação do regime de cumprimento de pena para inicialmente aberto .....558.

Furto qualificado pela destruição de obstáculos – absolvição por falta de provas – impossibilidade – autoria e materialidade comprovadas à saciedade – exacerbação da pena-base sem fundamentação – inocorrência.....482.

Roubo majorado – pleito de desclassificação de crime consumado para tentado – impossibilidade - aplicação da teoria da amotio – reforma no quantum da sanção – alteração do regime inicial de cumprimento de pena – questão de ordem pública – prescrição superveniente da pretensão punitiva do Estado – extinção da punibilidade.....508/510.

Roubo qualificado – concurso de pessoas e emprego de arma de fogo – nulidades rejeitadas – inteligência do art. 563 do CPP – pena exacerbada – cabimento – atenuante – princípio da proporcionalidade .....532/533.

Tráfico de droga – pretensão exculpatória – autoria e materialidade delitivas devidamente evidenciadas nas circunstâncias da prisão em flagrante – aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2002 – alteração do regime de cumprimento da pena – provimento – regime inicial fechado - fixação, somente, na hediondez do crime – impossibilidade.....488.

Tráfico de droga – réu condenado – trânsito em julgado para a acusação – decorrência de lapso temporal superior a quatro anos entre o recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença condenatória – incidência de prescrição retroativa – aplicação do disposto nos arts. 107, inciso IV; 109, inciso V; 110, § 1º e 114, inciso II do CPB.....473.

Tráfico de drogas – pretensão da absolvição – impossibilidade – alegação de que a droga apreendida destinava-se ao próprio uso do recorrente – versão dissociada do conjunto probatório estabelecido nos autos – condenação fundamentada com base no depoimento de policiais militares – meio de prova idôneo – fragilidade do conjunto probatório não demonstrada .....504.

Uso de moeda falsa – art. 289, § 1º do CPB – competência da Justiça Federal – remessa imediata dos autos ao juízo competente.....496.

HABEAS CORPUS

Crime conta a ordem tributária (art. 1º, incisos II, III e IV, da Lei nº 8.137/90 C/C o art. 29 do CPB) – atipicidade do fato e ausência de dolo - não conhecimento – matéria de prova – necessidade de revolvimento do conjunto fático–probatório – via judicial inadequada – denúncia genérica – necessidade de discriminação mínima da relação dos pacientes com os fatos delituosos – violação ao princípio da ampla defesa.....600/602.

Crime de ameaça e violação de domicílio praticado contra companheira – conflito negativo de competência - excesso de prazo na formação da culpa - ocorrência – constrangimento ilegal confirmado.....569/570.

Homicídio duplamente qualificado – denúncia – excesso de prazo no oferecimento – pedido prejudicado – ausência de requisitos – inocorrência – substituição da segregação cautelar por medida alternativa prevista no art. 319 do CPP – supressão de instância .....574.

Incidente de execução – pleito de nulidade da decisão de regressão de regime prisional – não interposição do agravo em execução – desprezo à lógica do sistema recursal vigente – impossibilidade de conhecimento da controvérsia pela via eleita .....614/615.

Prisão em flagrante convertida em prisão preventiva – excesso de prazo – configuração – constrangimento ilegal confirmado – princípio da razoabilidade – ordem concedida....580.

Receptação qualificada – prisão preventiva – constrangimento ilegal – impossibilidade de acolhimento do pleito – fundamentação adequada na garantia da ordem pública – risco de reiteração delitiva – ordem conhecida e denegada.....583.

Tráfico e associação para tráfico – prisão preventiva – negativa de autoria – não conhecimento – alegação de excesso de prazo para o início da instrução criminal – descabimento – Ausência de desídia ou inércia por parte do órgão julgador – requerida a substituição da custódia preventiva por prisão domiciliar – impossibilidade - Filho menor em idade de amamentação – não comprovação quanto à imprescindibilidade da medida.....587/589.

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, maio de 2015.