Ano 2018 - v. 58
Trimestral

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

TJCE
EDITORA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 58 - 2018
Julho / Setembro

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.58, p. 1 - 523, 2018

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 58.2018
Publicação Oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a cargo do Conselho Editorial.
Os acórdãos selecionados para publicação correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nos Gabinetes dos Desembargadores deste Egrégio Tribunal.
Tiragem da Edição: 500 exemplares
Disponível também em CD-ROM e no site http://www4.tjce.jus.br/sproc2/paginas/Revista.htm

Comissão de Regimento, Legislação e Jurisprudência
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho

Suplentes
Des. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos

Expediente Coordenação
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte

Conselho Editorial e Biblioteca
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte - Presidente
Des. Durval Aires Filho
Desa. Lira Ramos de Oliveira
Dr. Emílio de Medeiros Viana
Dra. Joriza Magalhães Pinheiro
Bel. Francisco Hudson P. Rodrigues - Secretário

Normalização
Divisão de Biblioteca do Departamento de Gestão de Documentos do TJCE
Bibliotecária: Ivete Costa de Oliveira CRB - 3/998

Revisão
Conselho Editorial e Biblioteca

Diagramação e Arte Gráfica
Hugo Leonardo Guedes Monteiro

Impressão
Coordenadoria de Apoio Operacional 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

DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES
PRESIDENTE

DES. WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAÚJO
VICE-PRESIDENTE

DES. FRANCISCO DARIVAL BESERRA PRIMO
CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA

TRIBUNAL PLENO

Des. Francisco Gladyson Pontes - Presidente
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha
Desa. Maria Iracema Martins do Vale
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
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 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
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Des. Francisco Gomes de Moura
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
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. Lígia Andrade de Alencar Magalhães
Desa.Lira Ramos de Oliveira
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
Des. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos
Des. Francisco Carneiro Lima
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato
Desa. Marlúcia de Araújo Bezerra
Des. Henrique Jorge Holanda Silveira
Dr. Antônio Pádua Silva - Juiz Convocado
Dra. Maria das Graças Almeida de Quental - Juíza Convocada
Dra. Rosilene Ferreira Facundo - Juíza Convocada
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão- Secretário

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

Des. Francisco Gladyson Pontes - Presidente
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha
Desa. Maria Iracema Martins do Vale
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des.Raimundo Nonato Silva Santos
Des. Mário Parente Teófilo Neto
Des. José Tarcílio Souza da Silva
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão- Secretário

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

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha – Presidente
Desa. Maria Iracema Martins do Vale
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Dra. Rosilene Ferreira Facundo - Juíza Convocada
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão- Secretário

1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
(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 DE DIREITO PÚBLICO
(Reuniões às quartas-feiras com início às 13h30min)

Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira- Presidente
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Dra. Maria Conceição Holanda Banhos - Secretária

3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
(Reuniões às segundas-feiras com início às 13h30min)

Desa. Maria Iracema Martins do Vale
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes - Presidente
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Dra. Rosilene Ferreira Facundo - Juíza Convocada
Dr. Abelardo Rodrigues Cavalcante - Secretário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
(Reuniões às últimas segundas-feiras de cada mês, com início às 08h30min)

Desa. Vera Lúcia Correia Lima - Presidente
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
Des. Francisco Gomes de Moura
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa. Maria Gladys Lima Vieira
Des.Raimundo Nonato Silva Santos
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Desa.Lira Ramos de Oliveira
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato
Dra. Maria das Graças Almeida de Quental - Juíza Convocada
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão- Secretário

1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
(Reuniões às quartas-feiras com início às 13h30min)

Desa. Vera Lúcia Correia Lima - Presidente
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato
Dra. Lia Karam Soares - Secretária

2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
(Reuniões às quartas-feiras com início às 08h30min)

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

3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
(Reuniões às quartas-feiras com início às 08h30min)

Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
Des. Jucid Peixoto do Amaral - Presidente
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa.Lira Ramos de Oliveira
Dra. Maria das Graças Almeida de Quental - Juíza Convocada
Dr. Bruno Pinheiro Jucá - Secretário

4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
(Reuniões às terças-feiras com início às 08h30min)

Des. Durval Aires Filho - Presidente
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Desa. Maria Gladys Lima Vieira
Des. Raimundo Nonato Silva Santos
Dra. Kátia Cilene Teixeira - Secretária

SEÇÃO CRIMINAL
(Reuniões às últimas segundas-feiras de cada mês, com início às 13h30min)

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva - Presidente
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desa. Francisca Adelineide Viana
Desa. Maria Edna Martins
Des. Mário Parente Teófilo Neto
Des. José Tarcílio Souza da Silva
Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães
Des. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos
Des. Francisco Carneiro Lima
Desa. Marlúcia de Araújo Bezerra
Des. Henrique Jorge Holanda Silveira
Dr. Antônio Pádua Silva - Juiz Convocado
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão- Secretário

1ª CÂMARA CRIMINAL
(Reuniões às terças-feiras com início às 13h30min)

Desa. Maria Edna Martins- Presidente
Des. Mário Parente Teófilo Neto
Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães
Des. Francisco Carneiro Lima
Dr. Emanuel Andrade Linhares - Secretário

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

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo- Presidente
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos
Dr. Antônio Pádua Silva - Juiz Convocado
Dra. Ana Amélia Feitosa Oliveira - Secretária

3ª CÂMARA CRIMINAL
(Reuniões às terças-feiras com início às 08h30min)

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva - Presidente
Des. José Tarcílio Souza da Silva
Desa. Marlúcia de Araújo Bezerra
Des. Henrique Jorge Holanda Silveira
Dr. José Welligton de Oliveira Lobo - Secretário

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Apelação Cível 15/255
Agravo de Instrumento 259/344
Agravo Interno 347/354

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Apelação Crime 359/457
Habeas Corpus 461/516

Índice Alfabético 517/523

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

PROCESSO: 0002402-81.2014.8.06.0079 APELAÇÃO
APELANTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE
APELADO: ANDRESA AGUIAR RODRIGUES
RELATOR: DESEMBARGADOR TEODORO SILVA SANTOS

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. COELCE. ACIDENTE EM FIAÇÃO ELÉTRICA COM VÍTIMA FATAL. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CONFIGURADA. CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA RECONHECIDA. REDUÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Trata-se de Apelação Cível interposta em face de sentença, nos autos da ação indenizatória proposta em face de COELCE, meio pelo qual o juízo a quo condenou a empresa promovida ao pagamento de indenização pelos danos morais suportados, no montante de R$50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada promovente, pela ocorrência de acidente com fiação elétrica na residência da vítima, ocasião em que resultou na morte desta.

2. O Direito Administrativo brasileiro adotou a teoria do risco administrativo, prevista no artigo 37, §6º da Constituição Federal, na apuração da responsabilidade civil atribuída ao Poder Público, notadamente, in casu, à empresa prestadora de serviço público em regime de concessão, aplicando-se-lhe as regras inerentes à Fazenda Pública. Tal responsabilidade avulta da simples ocorrência do

ato lesivo causado à vítima por ação ou omissão dos agentes, imputando o dever de indenizar os danos causados às vítimas, independentemente do aferimento de culpa.

3. A obrigação de indenizar só é alcançada quando preenchidos os requisitos legais, quais sejam, a comprovação do dano sofrido (acidente que resultou na morte de parente), a conduta lesiva (serviço prestado sem atender às normas de segurança) e o nexo causal (notório) entre o dano e o ato lesivo (responsabilidade objetiva). Conforme verifica-se no caso em deslinde, os requisitos supramencionados foram preenchidos. Inteligência do disposto nos artigos 37, §6º da CF/1988 c/c art. 186 e 927 ambos do CC/2002. Responsabilidade civil configurada. Precedentes do STJ.

4. No presente caso há fundamentos para o acolhimento da tese recursal, unicamente no que diz respeito à existência de culpa concorrente da vítima, pois, por descuido próprio, se utilizou de fiação elétrica, tida por desativada pela concessionária de serviço público, para amarrar animal de estimação, conduta que destoa de comportamento padrão do chamado "homem médio" (periculosidade inerente ao serviço - regras de experiência comum).

5. No cotejo das circunstâncias de fato que envolveram o acontecimento e a repercussão na esfera do direito das partes, aplicando-se o fator de redução da indenização ante a ocorrência de culpa concorrente da vítima, acolhe-se a tese recursal neste ponto para fixar a importância de R$30.000,00 (trinta mil reais) para cada parte

recorrida (promoventes) por ser adequada a compensar o dano moral experimentado, a qual fica fixada nesta decisão. Incidência de juros de mora segundo o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança desde o evento danoso (artigo 398, CC/02 e Súmula 54/STJ) e correção monetária segundo o IPCA-E a partir da publicação da presente decisão (Súmula 362/STJ). Conforme tese do precedente: STF, RE 870947, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017. Valor que se encontra em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Utilização do método bifásico. Tese recursal acolhida. Precedentes.

6. Pelo provimento do recurso, altero o ônus sucumbencial, repartição de custas e honorários sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, distribuídos na proporção de 90% (noventa por cento) a ser suportada pela parte promovida, e 10% (dez por cento) pela parte promovente.

7. Fixa-se, por sua vez, honorários sucumbenciais recursais em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, a ser suportado pela parte promovente/recorrida, ora sucumbente, nos termos do artigo 85, §11 do CPC/2015 c/c Enunciado 243 aprovado no VII Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC. Referida obrigação fica suspensa, em face do benefício da gratuidade judiciária, a teor do artigo 98, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, suspendendo esta condenação por cinco anos, na forma dos §§ 2º e 3º do mesmo artigo.

8. Recurso apelatório conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 21 de fevereiro de 2018.

RELATÓRIO.

Trata-se de Apelação Cível interposta por COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE (fls.151/168, e-SAJ) em face de sentença proferida pelo Vara Única da Comarca de Frecheirinha/CE (fls.119/130; 147/148, e-SAJ) que, nos autos da Ação Indenizatória proposta por MANOEL SILVA RODRIGUES e ANDRESA AGUIAR RODRIGUES, julgou parcialmente procedente o pleito autoral nos termos a seguir reduzidos:

> [...] Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE os pedidos autorais, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I do CPC, para condenar a COELCE – COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ ao: a) pagamento de indenização por danos morais no importe de R$50.000,00 (cinquenta mil reais), para cada um dos autores (ANDRESSA AGUIAR RODRIGUES E MANOEL SILVA RODRIGUES), devendo incidir juros de mora desde o evento danoso (18/08/2014) e correção monetária a partir da publicação desta decisão, nos termos do art. 1º F da Lei n. 9.494/97; b) pagamento de pensão a autora ANDRESSA AGUIAR RODRIGUES, no valor de 1/3 (um terço do salário mínimo), desde o evento danoso até quando a autora complete a maioridade (17/06/2020 - certidão de fls.20) devendo incidir juros de mora desde o dia em que deveria ocorrer o pagamento e correção monetária a partir da publicação desta decisão, nos termos

> do art. 1º F da Lei n. 9.494/97; c) pagamento das custas e de honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art.85, §3º, I do CPC, tendo em vista a sucumbência mínimo dos autores. DEFIRO a tutela de urgência para determinar a COELCE – COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ o pagamento de pensão mensal a autora ANDRESSA AGUIAR RODRIGUES, no valor de 1/3 do salário mínimo até que complete sua maioridade, sob pena de multa diária de R$300,00 (trezentos reais). […]

Irresignada com a sentença, a parte promovida COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE interpôs recurso apelatório, meio pelo qual requer a reversão da decisão recorrida, com base nas seguintes teses: 1) inexistência do dever de indenizar ante a culpa exclusiva da vítima para a ocorrência do evento lesivo; 2) responsabilidade do titular da unidade consumidora para a manutenção das instalações elétricas do imóvel que retira a responsabilidade da empresa apelante; 3) aplicação da responsabilidade subjetiva devendo-se perquirir a culpa na ocorrência do acidente óbice à configuração da responsabilidade civil; 4) necessidade de redução do montante indenizatório fixado, e 5) redução dos honorários advocatícios arbitrados. Pugna, ao final, pelo provimento do recurso.

Devidamente intimada, a parte promovente, ora apelada, apresentou contrarrazões recursais (fls.175/183, e-SAJ), refutando a tese contida no recurso apelatório, meio pelo qual requer a manutenção da sentença em todos os seus termos.

É o relatório.

Passa-se à decisão.

VOTO.

Do Juízo de Admissibilidade:

Da tempestividade (art. 1.003, §5º do CPC/2015): A decisão recorrida foi disponibilizada no Diário de Justiça em 09/08/2017. O recurso apelatório foi interposto em 28/07/2017, sendo, portanto, tempestivo.

Do preparo: a parte apelante recolheu o preparo recursal devido (fls.169/170, e-SAJ).

Da regularidade formal da peça apelatória (art. 1.010 do CPC/2015): presentes os requisitos legais.

Diante disso, conheço do recurso de Apelação Cível, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade.

Da Análise Meritória:

A empresa apelante requer a reforma da sentença a fim de que se exonere da responsabilidade civil que lhe foi imputada, ante os fatos narrados na demanda meio pelo qual sustentou as seguintes teses recursais: 1) inexistência do dever de indenizar ante a culpa exclusiva da vítima para a ocorrência do evento lesivo; 2) responsabilidade do titular da unidade consumidora para a manutenção das instalações elétricas do imóvel que retira a responsabilidade da empresa apelante; 3) aplicação da responsabilidade subjetiva devendo-se perquirir a culpa na ocorrência do acidente óbice à configuração da responsabilidade civil; 4) necessidade de redução do montante indenizatório fixado, e 5) redução dos honorários advocatícios arbitrados. Passa-se a analisar as teses.

Conforme bem asseverou a sentença, o Direito Administrativo brasileiro adotou a teoria do risco administrativo, prevista no artigo 37, §6º da Constituição Federal, na apuração da responsabilidade civil atribuída ao Poder Público, notadamente, *in casu*, à empresa prestadora de serviço público em regime de concessão, aplicando-se-lhe as regras inerentes à Fazenda Pública. Tal responsabilidade avulta da simples ocorrência do ato lesivo causado à vítima por ação ou omissão dos agentes, imputando o dever de indenizar os danos causados às vítimas, independentemente do aferimento de culpa.

No presente caso, o que se percebe através das provas, teses, e inspeção judicial realizada pelo juízo *a quo*, é que a empresa promovida, ora apelante, realizou a troca de medidor de energia da residência citada nos autos, instalando-a em poste na parte exterior da residência, facilitando a medição pelos prepostos da empresa, para que a medição se realizasse sem que fosse necessário adentrar no imóvel.

Ocorre que feita referida modificação, não há comprovação por parte da empresa apelante que se adotou os procedimentos necessários ao isolamento e sinalização devida do antigo local onde estava inserido o medidor, dentro da residência.

Dito isso, pela ausência de finalização adequada do serviço realizado (inobservância do dever de cuidado objeto – ausência de isolamento elétrico do local do medidor/ausência de sinalização adequada), a Sra. Maria do Socorro Aguiar Rodrigues ao amarrar seu animal de estimação junto à fiação, tida por desativada, foi surpreendida com um choque elétrico o que levou-a a óbito.

Analisando-se os fatos que levaram ao presente acidente cite-se trecho da peça recursal, conforme indica a tese que "[...] conforme restou consignado na sentença, dois anos antes de entrarem no imóvel, a Coelce já havia mudado o medidor de local, restando claro que o evento em questão ocorreu em virtude da falta de manutenção das instalações elétricas internas da unidade consumidora consoante será demonstrado abaixo. [...]" (fl.155, e-SAJ).

Resta claro que a empresa promovida, ora apelante, realizou a modificação no local do medidor de energia, e por não ter comprovado a culpa exclusiva da vítima para a ocorrência do acidente, atrai para si o ônus probatório acerca do serviço realizado. E por não comprovar que a realização do serviço se deu de forma adequada, justamente pela ocorrência de acidente posterior, denota-se a falha na prestação do serviço, seja por tê-lo prestado de forma defeituosa, ou pela omissão na prestação, que acarreta da mesma forma a falha.

A empresa apelante tenta induzir, ainda que de forma genérica, que a obrigação de realizar os reparos nas instalações elétricas da unidade consumidora após a troca do medidor de energia para local exterior à residência seria de obrigação do proprietário da unidade consumidora. Indica a Resolução nº 414/2010 da ANEEL como sendo o instrumento normativo que fundamenta referida tese, sem, contudo, citar o dispositivo que imputaria tal obrigação ao consumidor, justamente, pela sua inexistência.

Para a resolução da presente lide faz-se necessário analisar a distribuição do ônus da prova, que se dá nos termos do artigo 373 do Código de Processo Civil, incumbindo ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito; e, ao réu, a existência de fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor, senão vejamos:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

De acordo com o sistema processual brasileiro, cada parte tem a faculdade de produzir prova favorável às suas alegações, mas da forma como é apresentado o dispositivo sobredito, as regras devem ser objetivas e fixas.

Não tendo a parte promovida, ora apelante, comprovado fato impeditivo ou extintivo do direito do autor, sua responsabilização é medida que se impõe.

Cabia à parte apelante fazer prova do que alegou, por se tratar de fato desconstitutivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC/1973 (correspondente ao art. 373, inciso II do CPC/2015). Sobre o ônus da prova, colhe-se ensinamento doutrinário de Ernane Fidélis dos Santos, *in litteris*:

> "A regra geral é a de que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito (art. 333, I), e, ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II). Fatos constitutivos são os que revelam ou constituem o direito do autor, cujo reconhecimento com as respectivas consequências é materializado no pedido [...]. Fato extintivo é aquele que tem força de fazer extinguir o direito que decorre de qualquer relação jurídica e ao qual correspondia obrigação do réu [...]. Fato impeditivo é circunstância não elementar do fato constitutivo, mas que lhe obstacula os efeitos [...] Fato modificativo altera as condições iniciais do gozo do direito pretendido [...]. A ideia de constitutividade, impedimento, modificação ou extinção do direito mantém-se com a mesma característica

> e, dependendo do fato sobre que vai atuar a prova, pode, no processo, não coincidir com a posição da parte que dela tem o ônus [...]. A regra que impera mesmo em processo é a de que quem alega o fato deve prová-lo [...].” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 443/444).

Cabe trazer à baila entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça que possui jurisprudência no mesmo sentido do entendimento ora demonstrado:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PRESCRIÇÃO. DATA EM QUE OS VALORES FORAM DEVOLVIDOS AO ASSOCIADO. **ÔNUS DA RÉ.**
> **1. Compete ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, II, do CPC).** Assim não fazendo, suporta as consequências de sua inércia. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1045916 / PR, STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 03/03/2009, publicado no Dje 16/03/2009)

A obrigação de indenizar só é alcançada quando preenchidos os requisitos legais, quais sejam, a comprovação do dano sofrido (acidente que resultou na morte de parente), a conduta lesiva (serviço prestado sem atender às normas de segurança) e o nexo causal (notório) entre o dano e o ato lesivo (responsabilidade objetiva). Conforme verifica-se no caso em deslinde, os requisitos supramencionados foram preenchidos. Inteligência do disposto nos artigos 37, §6º da CF/1988 c/c art. 186 e 927 ambos do CC/2002.

Seguem precedentes em casos análogos, que fundamentam e embasam o entendimento ora demonstrado:

> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ATIVIDADE DE ALTA PERICULOSIDADE. TEORIA DO RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONSERVAÇÃO

INADEQUADA DA REDE DE TRANSMISSÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CULPA DA EMPRESA RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. A empresa que desempenha atividade de risco e, sobretudo, colhe lucros desta, deve responder pelos danos que eventualmente ocasione a terceiros, independentemente da comprovação de dolo ou culpa em sua conduta. 2. Os riscos decorrentes da geração e transmissão de energia elétrica, atividades realizadas em proveito da sociedade, devem, igualmente, ser repartidos por todos, ensejando, por conseguinte, a responsabilização da coletividade, na figura do Estado e de suas concessionárias, pelos danos ocasionados. 3. Não obstante amparar-se na Teoria do Risco, invocando a responsabilidade objetiva da concessionária, a instâncias ordinárias também reconheceram existência de culpa em sua conduta: a queda de fios de alta tensão era constante na região, mesmo assim a empresa não empreendeu as necessárias medidas de conservação da rede, expondo a população a risco desnecessário. 4. Não se conhece do recurso no tocante à redução da pensão mensal, porquanto os danos materiais foram fixados na sentença, sem que a parte ora recorrente impugnasse tal ponto em seu recurso de apelação, conformando-se com o *decisum*. 5. O valor fixado nas instâncias locais para a indenização por danos morais não se apresenta exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, incidindo na espécie o enunciado n. 7 da Súmula do STJ. 6. Ressalva do entendimento do e. Ministro Aldir Passarinho Júnior, que não conheceu do recurso especial, adotando exclusivamente o fundamento relativo à culpa da concessionária demonstrada nas instâncias ordinárias, o que enseja sua responsabilidade subjetiva por omissão. 7. Recurso especial não conhecido. (REsp 896.568/CE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 30/06/2009)

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. ELETROCUSSÃO. MORTE DE MENOR. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓD. DE

PROC. CIVIL. INOCORRÊNCIA. TEORIA DO RISCO OBJETIVO. APLICABILIDADE. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INADMISSIBILIDADE. DESPESAS DE LUTO E FUNERAL. FATO CERTO. PENSIONAMENTO DOS PAIS. POSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. PRECEDENTES. DANOS MORAIS. VALOR RAZOÁVEL. I. Inexiste a alegada ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, eis que as questões trazidas pela recorrente foram todas apreciadas pelo acórdão impugnado, naquilo que pareceu ao colegiado julgador pertinente à apreciação do recurso, com análise e avaliação dos elementos de convicção carreados para os autos. II - A obrigação das empresas concessionárias de serviços públicos de indenizar os danos causados à esfera juridicamente protegida dos particulares, a despeito de ser governada pela teoria do risco administrativo, de modo a dispensar a comprovação da culpa, origina-se da responsabilidade civil contratual. III - Consoante deflui do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, basta ao autor demonstrar a existência do dano para haver a indenização pleiteada, ficando a cargo da ré o ônus de provar a causa excludente alegada, o que, segundo as instâncias ordinárias, não logrou fazer. IV - No tocante às despesas de funeral, a jurisprudência desta Corte tem-se inclinado no sentido de inexigir a prova da realização dos gastos, em razão da certeza do fato do sepultamento. Ademais, tendo o tribunal local afirmado a existência de despesas com funerais, a pretensão de exclusão das referidas despesas encontra óbice no enunciado da Súmula 07 deste Tribunal. V - A morte de menor em acidente, mesmo que à data do óbito ainda não exercesse atividade laboral remunerada, autoriza os pais, quando de baixa renda, a pedir ao responsável pelo sinistro a indenização por danos materiais, aqueles resultantes do auxílio que futuramente o filho poderia prestar-lhes. VI - Em face da realidade econômica do país, que não mais permite supor a estabilidade, longevidade e saúde empresariais, de modo a permitir a dispensa de garantia, a Segunda Seção deste Tribunal, no julgamento do Recurso Especial nº 302.304/RJ pacificou posição, afirmando a impossibilidade da substituição de capital, prevista na lei processual civil, pela inclusão do beneficiário de pensão em folha de pagamento. VII - A

estipulação do valor da indenização por danos morais pode ser revista neste Tribunal quando contrariar a lei ou o bom senso, mostrando-se irrisório ou exorbitante, o que não se verifica na hipótese dos autos. Recurso especial não conhecido. (REsp 506.099/MT, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2003, DJ 10/02/2004, p. 249)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ACLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DETENTO MORTO APÓS SER RECOLHIDO AO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. SUICÍDIO. OMISSÃO RECONHECIDA. EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. Nos termos consignado pelo acórdão ora embargado, foi reconhecida a presença dos requisitos necessários para a responsabilização objetiva do ente público ora embargante tendo em vista a ocorrência de suicídio de detento em unidade prisional. Não obstante, houve omissão no que tange à presença ou não, no caso em concreto, de nexo de causalidade entre suposta ação/omissão estatal que teria resultado a morte de detento em virtude de ato por ele mesmo praticado (suicídio). 2. Embora no acórdão recorrido tenha sido afirmada a culpa exclusiva da vítima - e assim afastado o nexo de causalidade - é de se ressaltar que, no caso em concreto, a relação que deve ser estabelecida é entre o fato de ele estar preso sob a custódia do Estado. Conforme muito bem ressaltado pela Exmo. Senhor Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI em seu voto relativo ao recurso especial nº 847.687/GO, "o Estado tem o dever de proteger os detentos, inclusive contra si mesmos. Não se justifica que tenha tido acesso a meios aptos a praticar um atentado contra sua própria vida. Os estabelecimentos carcerários são, de modo geral, feitos para impedir esse tipo de evento. Se o Estado não consegue impedir o evento, ele é o responsável". (REsp 847.687/GO, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 25/06/2007). Precedentes do STJ e do STF. 3. Portanto, no caso em concreto, embora afastada pelo

> Tribunal a quo, é inegável a presença do nexo de causalidade a autorizar a responsabilização civil do ente público pela morte do detento em virtude de suicídio. 4. Embargos de declaração acolhidos sem efeitos modificativos. (EDcl no AgRg no REsp 1305259/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 22/08/2013)

Ante o pleito de redução do valor da indenização passa-se a analisar a fixação do montante indenizatório.

No presente caso há fundamentos para o acolhimento da tese recursal, unicamente no que diz respeito à existência de culpa concorrente da vítima, pois, por descuido próprio, se utilizou de fiação elétrica, tida por desativada, para amarrar animal de estimação, conduta que destoa de comportamento padrão do chamado "homem médio" (regras de experiência comum).

É sabido que fiação elétrica apresenta risco de choque (podendo levar à óbito), o que não foi observado, justamente pelo fato de ter sido considerada como situação inofensiva, ante o serviço realizado pela empresa promovida. Contudo tal situação não é apta a afastar a responsabilidade civil da empresa, mas sim apta a reduzir a indenização fixada pelo juízo *a quo*. Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Segue precedente:

> **DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. AUSENTE. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. ACIDENTE FERROVIÁRIO. VÍTIMA FATAL. CULPA CONCORRENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.** 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 2. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema. **3. A jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido**

de que há culpa concorrente entre a concessionária do transporte ferroviário e a vítima, seja pelo atropelamento desta por composição ferroviária, hipótese em que a primeira tem o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais de adensamento populacional, seja pela queda da vítima que, adotando um comportamento de elevado risco, viaja como "pingente". Em ambas as circunstâncias, concomitantemente à conduta imprudente da vítima, está presente a negligência da concessionária de transporte ferroviário, que não se cerca das práticas de cuidado necessário para evitar a ocorrência de sinistros. Precedentes. 4. Por não se enquadrar como excludente de responsabilidade, a concorrência de culpas não é suficiente para afastar o dever da concessionária de transporte ferroviário de indenizar pelos danos morais e materiais configurados, mas mostra-se como fundamento para que as indenizações sejam fixadas pelo critério da proporcionalidade. 5. Conforme o entendimento desta Corte, não é devida a indenização por danos materiais prevista no art. 1.537, II, do CC quando não ficar provada ou presumível for a contribuição da vítima para o sustento econômico do lar de seus genitores. 6. A jurisprudência do STJ é uníssona em afirmar que, cuidando-se de família humilde, a colaboração do menor é presumida. 7. No caso dos autos, o acórdão recorrido não tratou da condição econômico-financeira da autora, razão pela qual os autos devem retornar ao Tribunal de origem para que este julgue a questão da indenização por danos materiais, nos termos da jurisprudência do STJ. 8. A fixação do valor da compensação pelos danos morais deve balizar-se entre a justa composição e a vedação do enriquecimento ilícito, levando-se em consideração o critério da proporcionalidade, bem como as peculiaridades de cada espécie. Precedentes 9. Indenização por danos morais fixada em R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), valor a ser corrigido monetariamente, a contar dessa data, e acrescidos de juros moratórios no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês na vigência do CC/16 e de 1% (um por cento) ao mês na vigência do CC/02, a contar da data do evento danoso. 10. Recurso especial provido. (REsp 1034302/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011)

> **AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. VÍTIMA FATAL. CULPA CONCORRENTE. PRECEDENTES. DANOS MORAIS. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO. PRECEDENTES.**
>
> 1. Ao imputar à companhia de trens a responsabilidade pelo acidente ocorrido, a decisão primeva, dentre os diversos precedentes colacionados para embasar o *decisum*, trouxe precedente idêntico ao caso sob exame, que figurou, inclusive, na ementa da decisão monocrática. 2. **A jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de que há culpa concorrente entre a concessionária do transporte ferroviário e a vítima, seja pelo atropelamento desta por composição ferroviária, hipótese em que a primeira tem o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais de adensamento populacional, seja pela queda da vítima que, adotando um comportamento de elevado risco, viaja como 'pingente'. Em ambas as circunstâncias, concomitantemente à conduta imprudente da vítima, está presente a negligência da concessionária de transporte ferroviário, que não se cerca das práticas de cuidado necessário para evitar a ocorrência de sinistros. (REsp 1.034.302/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011- grifou-se)**. 3. Na hipóteses dos autos, a responsabilidade civil é extracontratual, motivo pelo qual devem os juros de mora incidir a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ). Precedentes. 4. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDcl no REsp 1175601/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 23/11/2017)

O dano moral existente no caso é notório. A obrigação de indenizar só é alcançada quando preenchidos os requisitos legais, quais sejam, a comprovação do dano sofrido, a conduta lesiva e o nexo causal entre o dano e o ato lesivo (responsabilidade objetiva). Conforme verifica-se no caso em deslinde, os requisitos supramencionados foram preenchidos.

Reiteradamente tenho manifestado que os principais critérios para arbitramento de indenização por dano moral são prudência, moderação, equidade, as condições do réu em suportar o encargo, não aceitação do dano como fonte indevida de riqueza e caráter pedagógico punitivo. Variações podem surgir conforme as circunstâncias fáticas do evento danoso.

Adotando-se o método bifásico de fixação de indenização por dano moral, conforme utilizado pela jurisprudência do STJ, a sistemática analisa inicialmente um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes que apreciaram casos semelhantes. Em segunda fase, o juízo competente analisa as circunstâncias do caso para fixação definitiva do valor da indenização.

O método bifásico parece ser o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que minimiza eventual arbitrariedade de critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano. Desse modo cite-se os precedentes a seguir que orientaram a presente fixação:

> (STJ - AgInt no AREsp 986.143/MA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 21/02/2017 - Indenização por dano moral: R$100.000,00 - cem mil reais);
> [STJ - AgRg no REsp 1533178/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 26/11/2015 – Indenização por dano moral – equivalente a 300 (trezentos) salários mínimos];
> (STJ - REsp 1268743/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 07/04/2014 – Indenização por dano moral: R$90.000,00 – noventa mil reais).

Vê-se pelos precedentes citados que o valor da indenização fixada pelo juízo *a quo* não está desproporcional, na verdade, se estaria numa fixação aquém dos valores fixados nos referidos precedentes.

No cotejo das circunstâncias de fato que envolveram o acontecimento e a repercussão na esfera do direito das partes, aplicando-se

o fator de redução da indenização ante a ocorrência de culpa concorrente da vítima, acolhe-se a tese recursal neste ponto para fixar a importância de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para cada parte recorrida (promoventes) por ser adequada a compensar o dano moral experimentado, a qual fica fixada nesta decisão. Incidência de juros de mora segundo o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança desde o evento danoso (artigo 398, CC/02 e Súmula 54/STJ) e correção monetária segundo o IPCA-E a partir da publicação da presente decisão (Súmula 362/STJ). Conforme tese do precedente: STF, RE 870947, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017.

Dessa forma, acolhe-se parcialmente a tese recursal, a fim de reduzir unicamente o montante indenizatório fixado pela sentença.

Por fim, pelo provimento do recurso, altero o ônus sucumbencial, repartição de custas e honorários sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, distribuídos na proporção de 90% (noventa por cento) a ser suportada pela parte promovida, e 10% (dez por cento) pela parte promovente. Fixa-se, por sua vez, honorários sucumbenciais recursais em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, a ser suportado pela parte promovente/recorrida, ora sucumbente, nos termos do artigo 85, §11 do CPC/2015 c/c Enunciado 243 aprovado no VII Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC. Referida obrigação fica suspensa, em face do benefício da gratuidade judiciária, a teor do artigo 98, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, suspendendo esta condenação por cinco anos, na forma dos §§ 2º e 3º do mesmo artigo.

Conclusões. Dispositivo.

Ante o exposto, CONHEÇO DO RECURSO, PARA DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do voto do relator.

É como voto.

Fortaleza, 21 de fevereiro de 2018.

PROCESSO: 0002700-76.2009.8.06.0167 APELAÇÃO CÍVEL
APELANTES: UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ - UVA E INSTITUTO DOM JOSÉ DE EDUCAÇÃO E CULTURA - IDJ
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SOBRAL
APELADA: MARIA LÚCIA DE SOUSA VASCONCELOS
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ (UVA). CONVÊNIO REGULARMENTE FIRMADO COM O INSTITUTO DOM JOSÉ DE EDUCAÇÃO E CULTURA. COBRANÇA DE TAXAS DE MATRÍCULA E DE MENSALIDADES. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA NA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 242 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 206, INCISO IV, DA CF/88. NÃO VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 12 DO STF. SENTENÇA REFORMADA.

1. Dispõe o art. 206, IV, da CF/88, de maneira expressa, que o ensino será ministrado com base no princípio da "gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais". Com relação ao tema, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 12, assim dispondo: "A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal". Contudo, a própria Carta da República,

em seu art. 242, excepciona tal norma, estipulando que "o princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos".

2. Dessa forma, tendo a Universidade Estadual Vale do Acaraú demonstrado constituir-se em autarquia de ensino superior criada pela Lei Estadual nº 10.933/1984 antes da promulgação da Constituição da República de 1988, não sendo total ou preponderantemente mantida com recursos públicos, depreende-se que encontra-se excluída da regra geral do art. 206, IV, da CF, refugindo, portanto, ao âmbito de incidência da Súmula Vinculante nº 12 do STF.

3. Essas circunstâncias nos levam de modo inequívoco ao entendimento de que a cobrança, pela universidade apelante, de taxas de matrícula e de mensalidades dos alunos é lícita, ainda que por interposta instituição de ensino regularmente conveniada, sem que isso configure qualquer violação a preceitos legais ou constitucionais. Precedentes desta Corte.

4. Remessa Necessária e Apelação conhecidas e providas. Sentença Reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do Reexame Necessário e da Apelação para dar-lhes provimento, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 28 de fevereiro de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Remessa Necessária bem como Apelação Cível interposta por Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA e Instituto Dom José de Educação e Cultura - IDJ, contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Primeira Vara Cível da Comarca de Sobral às fls. 262/269 que, em sede de Mandado de Segurança impetrado por Maria Lúcia de Sousa Vasconcelos, julgou procedente o pedido inicial, reconhecendo à autora o direito líquido e certo à gratuidade do ensino superior nas instituições impetradas, inclusive colação de grau e diplomação.

Em suas razões recursais às fls. 276/291, sustentam os recorrentes:

(I) enquadrar-se na exceção constitucional (art. 242 da CF) ao princípio da gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais (art. 206, IV, da CF), salientando que a UVA não é mantida total ou preponderantemente com recursos públicos;

(II) haver entendimento consolidado na jurisprudência do TJCE com relação ao tema, acostando vários precedentes;

(III) que as contrapartidas estão respaldadas no art. 6º, IV, da Lei Estadual nº 10.933/1984 (lei que criou a UVA) e disciplinadas nos arts. 19 do Estatuto da Autarquia e 53, VII, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB);

(IV) inaplicabilidade à hipótese dos autos da Súmula Vinculante nº 12 do Supremo Tribunal Federal (STF), uma vez que somente por meio de Emenda Constitucional se pode revogar um artigo da Constituição Federal; e

(V) que os convênios celebrados entre a UVA e as entidades privadas permitem sua atuação fora do *campus* de Sobral, cabendo à UVA apenas a execução das atividades relacionadas ao âmbito acadêmico, didático e pedagógico e aos Institutos educacionais a responsabilidade pela execução dos atos de gestão administrativa e financeira dos cursos.

Requereram, ao final, pelo total provimento da Apelação, com a reforma integral do *decisum* vergastado a fim de ser denegada a segurança requestada.

Não obstante devidamente intimada a contra-arrazoar, a parte recorrida deixou transcorrer *in albis* o lapso para tanto (fl. 324).

Remetidos a esta Egrégia Corte de Justiça, foram distribuídos à minha relatoria, por sorteio.

Deixei de intimar a manifestar-se o representante do Ministério Público, tendo em vista a ausência de interesse público primário no presente feito.

É o sucinto relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da Apelação Cível e da Remessa Necessária.

Pela análise dos autos, se que a questão cinge-se à gratuidade plena do ensino superior em instituição universitária estadual pleiteada pela recorrida em sede de Mandado de Segurança, na qual objetiva a sua rematrícula, com participação nas atividades acadêmicas e pedagógicas de seu curso, independentemente do pagamento de taxas ou mensalidades na referida Universidade ou no parceiro Instituto Dom José.

É cediço que a CF/88 consagra em seu artigo 206, inciso IV, o princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, motivando, inclusive, a edição da Súmula Vinculante nº 12 pelo C. Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe: "*cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal*".

A própria Carta da República, contudo, em seu art. 242, excepciona tal norma, estipulando que "*o princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos*".

De fato, a Universidade Vale do Acaraú comprovou nos autos constituir-se em autarquia de ensino superior criada pelo Poder Executivo Estadual, por meio da Lei nº 10.933/1984, anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, não sendo total ou preponderantemente

mantida com recursos públicos, de maneira que encontra-se excluída da regra geral do art. 206, IV, da CF/88, refugindo, portanto, ao âmbito de incidência da Súmula Vinculante nº 12 do Egrégio STF.

Com relação ao Instituto Dom José de Educação e Cultura, verifica-se tratar de instituição com personalidade jurídica de direito privado, responsável pela administração dos cursos na forma prevista pelo Convênio e Primeiro Aditivo acostados aos autos, atividade esta custeada pelos encargos arrecadados.

Essas circunstâncias nos levam de modo inequívoco ao entendimento de que a cobrança, pela universidade apelante, de taxas de matrícula e de mensalidades dos alunos é lícita, ainda que por interposta instituição de ensino regularmente conveniada, sem que isso configure qualquer violação a preceitos legais ou constitucionais.

Sobre o tema, não destoa a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça, *verbis*:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. ENSINO SUPERIOR. UNIVERSIDADE VALE DO ACARAÚ – UVA EM CONVÊNIO COM INSTITUTO DOM JOSÉ DE EDUCAÇÃO E CULTURA – IDJ. COBRANÇA DE TAXAS E MENSALIDADES. POSSIBILIDADE. INSTITUIÇÃO DE ENSINO ENQUADRADA NA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 242 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À GRATUIDADE DO ENSINO SUPERIOR PÚBLICO CONSAGRADA NO ART. 206, IV, DA CARTA POLÍTICA E SUMULA VINCULANTE Nº 12 DO STF. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.
>
> 1 – A despeito da Constituição Federal estabelecer, em seu art. 206, IV, que o ensino superior será ministrado com base no princípio da "gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais", previsão replicada na Súmula Vinculante nº 12 do STF, o art. 242 do mesmo dispositivo prevê exceção para tal disposição, esclarecendo que "o princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos".

2 – *In casu*, temos que a Universidade Vale do Acaraú constitui-se em autarquia de ensino superior criada pela Lei Estadual nº 10.933/1984, antes, portanto, da promulgação de Constituição Federal de 1988, sendo mantida apenas parcialmente com recursos públicos, figurando, destarte, entre as exceções do art. 242 supramencionado, sendo patente a possibilidade de cobrança, por meio próprio ou de instituto conveniado, de taxas e mensalidades.
3 – Recurso conhecido e provido. Sentença reformada. (Apelação Cível de nº 0126726-28.2010.8.06.0001; Relator (a): TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 13/12/2017; Data de registro: 13/12/2017)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO. COBRANÇA DE MENSALIDADES. FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ (UVA) E INSTITUTO DE ESTUDOS E PESQUISAS DO VALE DO ACARAÚ (IVA). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, PROIBINDO A CITADA COBRANÇA. PRELIMINAR. EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. REJEITADA. MÉRITO. INAPLICABILIDADE DO ART. 206, INCISO IV, DA CF/1988. INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 242, DA CF/1988. NÃO VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE Nº 12, DO STF. INSTITUIÇÃO PRIVADA DE ENSINO SUPERIOR CONVENIADA À UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. PRECEDENTES DO TRF-5ª REGIÃO E DESTA CORTE DE JUSTIÇA.
I. Os apelantes alegam, preliminarmente, a existência de coisa julgada, eis que o objeto da presente ação já foi apreciado pelo TRF-5ª Região, quando do julgamento da Apelação n. 2002.81.00.0136522, cuja decisão transitou em julgado, garantindo à UVA o direito de cobrar legalmente taxas de matrícula e mensalidades. No mérito, afirmam que a UVA se encaixa nas exceções à gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, previstas no art. 242, da CF/88, bem como que a Súmula Vinculante 12, do STF, não é suficiente

para afastar a vigência do referido artigo, da Constituição Federal.
II. A presente ação, que teve como autores o Ministério Público Estadual e a Defensoria Pública do Estado do Ceará, tem como cerne a cobrança de taxas de matrícula e mensalidades, pelas demandadas, aos alunos dos cursos por elas ministrados na cidade de Santa Quitéria. Por outro lado, a ação n. 2002.81.00.0136522 teve como promovente o Ministério Público Federal e cuidava da cobrança de taxas nos cursos oferecidos pela UVA, única demandada. Assim, diante disso, não há que se falar em coisa julgada, eis que esta pressupõe a existência de identidade das partes, causas de pedir e pedidos. Preliminar rejeitada.
III. A UVA obedece aos três requisitos contidos no art. 242, da Carta da República, encontrando-se exatamente enquadrada na exceção constitucional. Com isso, ao contrário do afirmado na r. sentença impugnada, não devem ser aplicados aos recorrentes os preceitos do art. 206, IV, da Constituição Federal, fato este que autoriza a cobrança de matrícula e de mensalidades dos alunos, salvo nas hipóteses de estudantes de baixa renda. Precedentes do TRF-5 e deste Tribunal de Justiça.
IV. Apelação conhecida e provida. Sentença reformada. Ação improcedente. (TJCE, 0000656-76.2007.8.06.0160 Apelação / Remessa Necessária, Des. Rel. INÁCIO DE ALENCAR CORTEZ NETO, 3ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 10/07/2017, data de registro: 10/07/2017).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ORDEM LIMINAR QUE DETERMINOU A SUSPENSÃO DA COBRANÇA DE CONTRAPRESTAÇÃO FINANCEIRA RELATIVA A SERVIÇOS EDUCACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. INSTITUIÇÃO PRIVADA DE ENSINO SUPERIOR CONVENIADA À UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.
1. Insurge-se contra a decisão liminar que ordenou a suspensão da cobrança de contraprestação financeira (mensalidades) relativa a serviços educacionais prestados pelo Instituto Dom José de Educação e Cultura, instituição esta conveniada à agravante Universidade Estadual Vale do Acaraú.

2. Analiso, por primeiro, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, posicionado-me, de logo, por sua rejeição. É que a Universidade Estadual Vale do Acaraú, na verdade, mantém convênio de cooperação com a instituição de ensino superior frequentada pela agravada Instituto Dom José de Educação e Cultura, que envolve parceria funcional de integração social destinada a manutenção do ensino superior, cabendo ao IDJ, entre outras responsabilidades, ministrar os cursos ofertados pela UVA, que, inclusive, expede, em seu nome, os certificados de conclusão aos formandos.

3. Preliminar rejeitada.

4. Passo ao mérito.

5. O reclamo aponta, como disse, para a decisão que ordenou a suspensão da cobrança de mensalidades referentes a serviços educacionais prestados pelo Instituto Dom José de Educação e Cultura, por intermédio de convênio firmado com a Universidade Estadual Vale do Acaraú, que constitui pessoa jurídica de direito público criada pela Lei Estadual nº 10.993/1984.

6. Os Tribunais Superiores e esta colenda Corte têm decidido, alinhados à ordem constitucional vigente, notadamente ao art. 242 da Constituição Federal, que o princípio da gratuidade do ensino público "não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos". A este respeito, cito excertos de lições jurisprudenciais: "A norma constitucional expressa que o princípio da gratuidade incide quando a instituição de ensino oficial é mantida, exclusiva ou preponderantemente, com recursos públicos (art. 206, IV c/c art. 242, da CF/88). Hipótese de uma autarquia fundacional do Estado do Ceará mantida preponderantemente pelas taxas pagas por estudantes. (TRF5 EINFAC: 333188 CE 00136528720024058100003, Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Substituto), Data de Julgamento: 08/11/2006, Pleno, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Data: 30/01/2007 Página: 616) AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENSINO À DISTÂNCIA. COBRANÇA DE MENSALIDADE. CONVÊNIO FIRMADO ENTRE A AGRAVANTE (SOCIEDADE EMPRESÁRIA PRIVADA EDUCON) E A UNITINS FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE

> DO TOCANTINS. RECONHECIMENTO, POR AÇÃO CIVIL PÚBLICA, DE QUE A UNITINS NÃO É MANTIDA EXCLUSIVAMENTE COM RECURSOS PÚBLICOS. NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA GRATUIDADE DO ENSINO (ART. 206, INC. IV, CF). CONTRATO FIRMADO COM A EDUCON E AULAS POR ELA TRANSMITIDAS. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONTRATADO. RECURSO PROVIDO. (TJSC AI: 465959 SC 2009.0465959, Relator Des. João Henrique Blasi, Data de Julgamento: 21/11/2011, Segunda Câmara de Direito Público).
>
> 7. Este, certamente, é o caso dos autos, porque a instituição de ensino frequentada pela agravada Instituto Dom José de Educação e Cultura, constitui pessoa jurídica de direito privado, que, conveniada a Universidade Estadual Vale do Acaraú, ministra os cursos ofertados pela citada autarquia estadual, absorvendo todos os custos inerentes à atividade acadêmica, sem qualquer repasse financeiro por parte da UVA.
>
> 8. Neste contexto, creio que é possível exigir o pautado pagamento, até porque a sua falta inviabilizaria o custeio e a manutenção dos cursos ofertados, que, certamente, demandam vultosos recursos de ordem econômica, sendo inaplicável, portanto, a regra escrita na Súmula Vinculante nº 12, que veda "a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas". 9 Agravo conhecido e PROVIDO. (TJCE, 002346402.2009.8.06.0000 Agravo de Instrumento, Relator Des. EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE, 1ª Câmara Cível, data de registro: 03/02/2014).

Diante do exposto, conheço da Remessa Necessária e da Apelação para dar-lhes provimento, com a consequente reforma da sentença e denegando a segurança requestada.

É como voto.

Fortaleza, 28 de fevereiro de 2018.

PROCESSO: 0003366-65.2015.8.06.0103 – APELAÇÃO
APELANTE: RUTE MARIA RODRIGUES MARTINS
APELADO: BANCO DO BRASIL S/A
RELATOR: DES. HERÁCLITO VIEIRA DE SOUSA NETO

EMENTA: DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANO EXTRAPATRIMONIAL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RISCO INERENTE A ATIVIDADE ECONÔMICA. AGÊNCIA BANCÁRIA INSTALADA EM IMÓVEL CONFINANTE À RESIDÊNCIA DA PROMOVENTE. EXPLOSÃO DE CAIXA ELETRÔNICO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO (ART. 17, CDC). NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DA DEMANDADA E OS DANOS SUPORTADOS PELA DEMANDANTE. OCORRÊNCIA. DEVER DE SEGURANÇA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA.

1. O cerne da controvérsia consiste em analisar se a promovida deve ou não ser responsabilizada civilmente por suposto dano extrapatrimonial causado a moradora residente em imóvel vizinho a agência, em face do risco oriundo de assaltos e explosões a caixas eletrônicos, localizados no interior do estabelecimento bancário.

2. Pleiteia a demandante a reparação de danos morais sob a alegativa de que, em resultado de uma sequência de ações criminosas realizadas com uso de explosivos, nos caixas eletrônicos da

agência bancária, cuja parede é divisória com seu imóvel, vem enfrentando extrema dor emocional, medo e angústia, sentimentos que a impedem de continuar a habitar na própria casa.

3. O caso concreto atrai a incidência do Artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que, embora a parte promovente não guarde relação contratual com a demandada, sofrera as consequências do ato criminoso, passando a integrar o lugar de vítima ou terceiro prejudicado, ou seja, consumidor por equiparação.

4. Diante da responsabilidade objetiva vinculada a atividades bancárias, em razão do risco do negócio, que envolve a guarda e movimentação de expressivos valores monetários, desnecessário discorrer sobre apuração da culpa, bastando, portanto, que se perquira acerca da presença do dano extrapatrimonial e se caracterizado, ou não, o nexo de causalidade.

5. Sabe-se que não há qualquer impeditivo legal à instalação de agências bancárias em área urbana residencial, ao contrário, oferece comodidade à população, que passa a ter à sua disposição os serviços por elas prestados, no entanto, a atividade deve ser exercida acompanhada de um mecanismo de proteção, capaz de proporcionar a incolumidade dos cidadãos, nos termos da Lei n° 7.102/83 que dispõe sobre a segurança para estabelecimentos financeiros.

6. É fato notório que os bancos são alvos corriqueiros de assaltantes e, especificamente naquela agência localizada no interior do Estado, é possível afirmar que episódios da espécie são previsíveis e até

esperados, mormente pelo motivo de ocorrerem com grande frequência, inclusive com idêntico potencial ofensivo do grupo criminoso, fazendo uso de equipamentos explosivos.

7. No caso em particular as consequências danosas poderiam ter sido evitadas ou minimizadas. Tal constatação não importa dizer que a demandada possui suporte operacional para evitar todo e qualquer dano às suas instalações, no entanto, no caso em consideração, aconteceram quatro assaltos com o uso da mesma técnica, sem que fossem realizadas medidas preventivas, a exemplo de uma estrutura mais resistente na parede contígua, a fim de resguardar a integridade física dos moradores vizinhos, o que configura defeito na prestação do serviço.

8. Destarte, conclui-se que a atividade típica desempenhada pela apelada fez atrair a conduta ilícita dos criminosos e em consequência do ineficiente serviço prestado pela mesma, na medida em que deixou de desincumbir adequadamente o dever de segurança, ônus inerente ao tipo de negócio que desenvolve, não se pode enquadrar a questão em caso fortuito externo por atuação exclusiva de terceiro, para fins de exclusão da responsabilidade com rompimento da relação de causalidade, tese defendida pela parte promovida e acolhida pelo magistrado "a quo".

9. O risco inerente à atividade exercida pela instituição financeira a torna responsável, pelo prejuízo extrapatrimonial experimentado pela recorrente, haja vista que o evento danoso embora não violado previsão contratual, resultou de falha

atinente ao serviço prestado, fazendo nascer o liame causal.
10. Se, por um lado, o valor da indenização não deve ser capaz de levar a vítima ao enriquecimento sem causa, também não pode ser ínfimo ou insignificante para o ofensor; na hipótese, o montante de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), representa "quantum" razoável para fins de indenização por dano extrapatrimonial.
11. Apelação conhecida e provida. Sentença reformada. Ação Julgada procedente.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, nos autos do processo nº 0003366-65.2015.8.06.0103, por unanimidade, por uma de suas Turmas, em conhecer do recurso para DAR-LHE PROVIMENTO, tudo de conformidade com o voto do e. Relator.

Fortaleza, 18 de julho de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por RUTE MARIA RODRIGUES MARTINS em face de sentença proferida pelo Juiz de Direito da Comarca de Itapiúna/CE, Jair Teles da Silva Filho nos autos da ação de Indenização por Danos Morais, que julgou improcedente o pleito autoral.

Inconformada com a sentença, a demandada apresentou apelação às fls. 258/267, oportunidade em que repisou os fatos narrados na exordial sobre viver constantemente com medo, passando por sofrimento físico e emocional em virtude de sua residência ser imóvel do tipo construção "conjugada" ao prédio onde se localiza o Bando do Brasil, instituição ora promovida; alega

que a agência mantém seus caixas eletrônicos em funcionamento junto à parede contígua à casa da promovente, situação que lhe causa insegurança haja vista os ataques criminosos causados por quadrilhas de assaltantes com uso de explosivos, resultando em danificação em sua casa.

Sustenta que parte promovida fora imprudente, pois após o primeiro assalto, no total de três, não adotou medidas preventivas à inibição de novas tentativas, a exemplo de construção de guarita de segurança monitorada por vigilantes armados, bem como sistema de alarme conectado aos órgãos de segurança ou mesmo reforço na estrutura da parede contígua à residência da promovente.

Acrescenta que a intranquilidade impediu a recorrente de continuar morando na residência, estando a mesma fechada e que depois do ajuizamento da ação ocorreu em meados de 2015, uma nova explosão criminosa nas dependências do prédio da apelada.

Afirma que a instituição financeira recuperou as instalações físicas do imóvel que habitava, o que entende corroborar com a aceitação de culpa pela não adoção de medidas protetivas e o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e os danos sofridos pela parte promovente.

Requereu ao final, o conhecimento e provimento do recurso com reforma da sentença e julgamento procedente da ação nos termos do pedido exordial - condenação da promovida a indenização por danos morais em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Em contrarrazões de fls. 281/288, a apelada pugna pela manutenção da sentença por entender que obedeceu aos ditames legais.

Por versar a matéria exclusivamente sobre questão patrimonial, sendo as partes maiores e capazes, e considerando o disposto no art. 178, *caput*, seus incisos e parágrafo único do Novo Código de Processo Civil, deixei de submeter o feito à Procuradoria-Geral de Justiça.

Expedientes Necessários à instrução do feito em pauta de julgamento.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, face a um juízo antecedente de admissibilidade, conheço da apelação, pois presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos ao transpasse para o juízo de mérito.

Inicialmente, no que concerne a apresentação de contestação a destempo, há de se conceder a mitigação dos efeitos da revelia, pois reputam-se verdadeiros somente os fatos alegados pelo autor, de forma que a matéria jurídica não deve ser alcançada, haja vista que o julgador não está vinculado a fundamentação legal do requerente, em razão da ausência de defesa do réu, além do que, ao decidir está obrigado a ponderar todo o acervo probatório produzido nos autos.

O cerne da controvérsia consiste em analisar se o estabelecimento financeiro deve ou não ser responsabilizado civilmente por suposto dano extrapatrimonial causado a moradora residente em imóvel vizinho a agência, em face do risco oriundo de assaltos e explosões a caixas eletrônicos, localizados no interior do estabelecimento bancário.

No caso em estudo, pleiteia a demandante a reparação de danos morais sob a alegativa de que, em resultado de uma sequência de ações criminosas realizadas com uso de explosivos, nos caixas eletrônicos da agência bancária, cuja parede é divisória com seu imóvel, vem enfrentando extrema dor emocional, medo e angústia, sentimentos que a impedem de continuar a habitar na própria casa.

A responsabilidade civil, consistente na obrigação de reparar o dano causado a outrem em virtude da prática de ato ilícito, possui previsão nos artigos 186 e 927, todos do Código Civil de 2002:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O dispositivo legal do Código Civil acima descrito resguarda interação de complementaridade com o artigo 17 do **Código de Defesa do Consumidor**, o qual prevê que "equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento"; é que "quando um terceiro se torna vítima do evento (chamado de *bystander* pela doutrina americana – tradução: expectador) se equipara a consumidor e pode ser ressarcido pelos danos sofridos com base no CDC." (Leonardo de Medeiros Garcia, Direito do Consumidor, 11a. Edição, Editora Jupodivm, 2015, p. 195).

Nesse sentido, destaco o julgado:

> RECURSOS ESPECIAIS. 1. **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS**. TENTATIVA DE ROUBO. **TIROTEIO EM VIA PÚBLICA PROVOCADO POR SEGURANÇAS PARTICULARES,** AINDA QUE CONTRATADOS INFORMALMENTE PELOS RÉUS. **AUTORA VÍTIMA DE DISPARO DE ARMA DE FOGO QUE A DEIXOU TETRAPLÉGICA.** 2. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. 3. PRESCRIÇÃO QUANTO À PRETENSÃO DA MÃE. OCORRÊNCIA. 4. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA SENDAS DISTRIBUIDORA S.A. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 283/STF. REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. 5. INDEPENDÊNCIA ENTRE O JUÍZO CÍVEL E O CRIMINAL. 6. ACORDO REALIZADO EM OUTRO PROCESSO QUE NÃO AFETA A PRESENTE LIDE. 7. **INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À HIPÓTESE.** 8. FORTUITO EXTERNO NÃO CARACTERIZADO. 9. ALEGAÇÃO QUANTO À INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL. REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. 10. PAGAMENTO DE PENSÃO VITALÍCIA PELA REDUÇÃO PERMANENTE DA CAPACIDADE DE TRABALHO DA DEMANDANTE. CABIMENTO. TERMO INICIAL E VALOR. ACRÉSCIMOS LEGAIS. NÃO INCIDÊNCIA. 11. INCLUSÃO DO NOME DA AUTORA

> EM FOLHA DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. 12. VALOR DAS INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. FIXAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 13. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. 14. VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. DESCABIMENTO. 15. RECURSO ESPECIAL DE DUAS DAS CORRÉS PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 1. Trata-se de ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos em decorrência de tentativa de roubo a joalheria, situada em um centro comercial, em que a vítima, então com 12 (doze) anos de idade, foi baleada e ficou tetraplégica, no momento em que retornava da escola e passava pela rua em frente ao local do crime, quando teve início um tiroteio provocado pela reação dos seguranças contratados, ainda que informalmente, pelos lojistas. 2. Nos termos do art. 1.022, I, II e III, do CPC/2015 destinam-se os embargos de declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição, ou ainda a corrigir erro material, não se caracterizando via própria ao rejulgamento da causa. 3. (...). 7. **Segundo dispõe o art. 17 do CDC, equipara-se a consumidor toda pessoa que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vem a sofrer as consequências do evento danoso (bystander ou expectador), dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade acidente de consumo.** 8. (...). conhecido e provido em parte. (REsp 1732398/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, REPDJe 14/06/2018, DJe 01/06/2018). GN.

Logo, o caso concreto atrai a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos moldes da regra acima apontada, haja vista que, embora a parte promovente não guarde relação contratual com a Instituição Financeira, sofrera as consequências do ato criminoso, passando a integrar o lugar de vítima ou terceiro prejudicado, ou seja, consumidor por equiparação.

Ressalte-se que, em regra, a **responsabilidade civil** é subjetiva, composta pelos seguintes requisitos: ato ilícito, dano, nexo de causalidade e

culpa ou dolo. No entanto, há hipóteses determinadas em que a lei dispensa a existência do elemento subjetivo (culpa ou dolo), como no caso dos danos ocasionados pelas empresas que desenvolvem atividade de risco, categoria em que se enquadra a demandada.

O Superior Tribunal de Justiça reconhece que, levando em conta o risco da atividade que desenvolve, a responsabilidade das instituições financeiras é objetiva. Nesse sentido: REsp 1.284.962/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 11.12.2012.

O entendimento doutrinário sobre o tema, esclarece:

> "Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade é a teoria do risco. Para esta teoria, **toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa**. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como "risco-proveito", que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); **ora mais genericamente como "risco criado", a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo**." (Carlos Roberto Gonçalves. Responsabilidade Civil. 14a. Edição. Editora Saraiva. São Paulo: 2012. p.55). GN.

Assim, diante da responsabilidade objetiva vinculada a atividades bancárias, repita-se, em razão do risco do negócio, que envolve a guarda e movimentação de expressivos valores monetários, prescindível discorrer sobre apuração da culpa, bastando, portanto, que se perquira acerca da presença do dano extrapatrimonial e se caracterizado ou não o nexo de causalidade.

Sabe-se que o **dano moral** é a lesão ocasionada no âmbito psicológico do indivíduo, que não se configura com o mero dissabor, mas com a violação a direitos fundamentais do ofendido, capaz de abalar o equilíbrio mental deste. O direito à indenização em virtude dessas circunstâncias é garantido, inclusive, pela Constituição Federal:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (…)
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Em relação à caracterização do dano extrapatrimonial, sou favorável à corrente doutrinária segundo a qual o que se está em questão não é a comprovação do prejuízo e sua extensão, já que é impossível percorrer os meandros da alma humana, mas as consequências subjetivas oriundas da violação de um direito previsto em lei, daí por que o que importa para o momento é a prova do fato que gerou a dor e o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

In casu, a teor da prova constituída, adicionada a ausência de contestação aos fatos narradas na exordial, não há como negar a ocorrência do evento danoso. Em um breve resumo dos fatos, importa mencionar que, durante o terceiro assalto (31/12/2014), envolvendo as mesmas circunstâncias dos anteriores, enquanto dormiam, a autora e seus familiares foram surpreendidos, com o barulho da explosão que levou ao chão parte da parede que divide a casa e o banco, fazendo a recorrente e seus familiares vivenciarem momentos de pavor e, por óbvio, risco à integridade física.

Ademais, imprescindível a análise sobre a **relação de causalidade**, entre a ação e o dano, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar quem não tenha dado causa ao evento.

Definindo o nexo de causalidade, Carlos Roberto Gonçalves menciona que é "a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo "causar", utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexiste a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar." (Responsabilidade Civil. 14a. Edição. Editora Saraiva. São Paulo: 2012. p. 62).

É que "a esse respeito, o art. 14 do CDC, referindo-se ao fornecedor de serviços em sentido amplo, estatui **a responsabilidade objetiva deste na hipótese de defeito na prestação do serviço, atribuindo-lhe o dever reparatório desde que demonstrado o nexo causal entre o defeito do serviço e o dano ocorrido,** do qual somente ficará isento de responsabilização se provar que o serviço não foi prestado de maneira defeituosa ou que tenha havido culpa exclusiva do consumidor ou fato de terceiro, este último representado em alguns casos pela ocorrência de fortuito externo." (STJ. REsp 1732398/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, REPDJe 14/06/2018, DJe 01/06/2018). GN.

Sabe-se que não há qualquer impeditivo legal, a instalação de agências bancárias em área urbana residencial, ao contrário, oferece comodidade a população, que passa a ter à sua disposição os serviços por elas prestados, no entanto, a atividade deve ser exercida acompanhada de um mecanismo de proteção, capaz de proporcionar a incolumidade dos cidadãos, nos termos da Lei n° 7.102/83 que dispõe sobre a segurança para estabelecimentos financeiros. Aquele que lucra com o negócio não pode se furtar à responsabilização pelo prejuízo, deixando o consumidor prejudicado, em observância à teoria do risco do empreendimento.

A doutrina explica:

> **Se o causador do dano pode legitimamente exercer uma atividade perigosa, a vítima tem direito (subjetivo) à incolumidade física e patrimonial, decorrendo daí o dever de segurança**. Com efeito, existe um direito subjetivo de segurança, cuja violação justifica a obrigação de reparar sem nenhum exame psíquico ou mental, sem apreciação moral da conduta do dano. A segurança material e moral constitui um direito subjetivo do indivíduo, garantido pela ordem jurídica. […]
>
> O principal fundamento da responsabilidade do fornecedor não é o risco, como afirmado por muitos, mas, sim, o princípio da segurança. O risco, como sempre repetimos, por si só não gera a obrigação de indenizar. A responsabilidade só surge quando há violação do dever jurídico correspondente. Que dever jurídico é esse? Quando se fala em risco, o que se tem

> em contrapartida é a ideia de segurança. Por isso, o dever jurídico que se contrapõe ao risco é o dever de segurança. **E foi justamente esse dever que o CDC estabeleceu para o fornecedor de produtos e serviços. Em suma, para quem se propõe fornecer produtos e serviços no mercado de consumo, o CDC impõe o dever de segurança; de só fornecer produtos ou serviços seguros, sob pena de responder independentemente de culpa pelos danos que causar ao consumidor.** (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2014, p. 177-185, 547). GN.

Destarte, haverá "responsabilidade do banco, independente da comprovação de culpa, se os fatos danosos suportados por clientes ou terceiros afigurarem-se como desdobramentos, consectários do risco do empreendimento por ele desenvolvido, especificamente quando do desenvolvimento de operação típica e genuinamente bancária." (STJ. REsp 1098236/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2014, DJe 05/08/2014). GN.

Sobre o tópico:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. ASSALTO A BANCO. MORTE. RESPONSABILIDADE CIVIL. RISCO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. DANO MORAL. VALOR.
> 1. Conforme a jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte, a interposição de dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão impede o conhecimento do segundo recurso interposto, haja vista a preclusão consumativa e a observância ao princípio da unirrecorribilidade das decisões. Precedentes.
> 2. **A jurisprudência do STJ tem entendido que, tendo em conta a natureza específica da empresa explorada pelas instituições financeiras, não se admite, em regra, o furto ou o roubo como causas excludentes do dever de indenizar, considerando-se que este tipo de evento caracteriza-se como risco inerente à atividade econômica desenvolvida. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido.** (STJ. AgRg no Ag 997.929/BA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 28/04/2011). GN.

Outrossim, importa dizer que **os eventos imprevisíveis e inevitáveis** podem excluir a parte da punição a indenização; sobre o tema, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, lecionam:

> "Os eventos imprevisíveis e inevitáveis podem ser considerados excludentes da responsabilidade no sistema do Código do Consumo, visto que constituem fatores obstativos gerais do nexo de causalidade, aplicáveis tanto à responsabilidade subjetiva quanto à objetiva." (Manual de direito do consumidor: direito material e processual - 3ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 148).

Todavia, é fato notório que as instituições bancárias são alvos corriqueiros de assaltantes. Especificamente em relação a agência da pequena Comarca de Itapiúna/CE, pode-se afirmar que tais episódios são previsíveis e até esperados, mormente pelo motivo de ocorrerem com grande frequência, inclusive com idêntico potencial ofensivo do grupo criminoso, fazendo uso de equipamentos explosivos.

Nesse contexto: "roubos em agências bancárias são eventos previsíveis, não caracterizando hipótese de força maior, capaz de elidir o nexo de causalidade, requisito indispensável ao dever de indenizar" .(REsp 1093617/PE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 4ª Turma, DJe 23/03/2009).

No ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, "**a inevitabilidade deve ser apurada *in concreto*, tendo em vista as contingências reais e peculiares de cada caso, no momento da ocorrência**. E assim é porque **toda inevitabilidade é relativa, no tempo e no espaço**. O ataque de piratas, por exemplo, foi um dos primeiros exemplos de força maior o que hoje seria risível.

Em razão do avançado estágio atual do progresso tecnológico e científico, do extraordinário aparato tecnológico de medidas de segurança destinadas a PREVER e DIMINUIR OS RISCOS, torna-se cada vez mais relativa a caracterização da irresistibilidade. **O assalto em um banco, a um carro forte, em um *shopping*, em um ônibus ou na rua não poderá ter a mesma avaliação de inevitabilidade. Dependerá dos riscos assumidos**

pelo agente, do dever de segurança que a ordem jurídica lhe impõe, dos instrumentos tecnológicos que tem à sua disposição para prevenir e evitar os riscos. Em decorrência dos riscos assumidos, os bancos e carros fortes devem ter um aparato especial de segurança, shopping deve estar equipado com câmaras de vídeo e assim por diante. (Programa de Responsabilidade Civil. 10a. Editação, Editora Atlas, São Paulo, 2012, p. 97). GN.

Logo, ao meu ver, no caso em particular, as consequências danosas do fato ocorrido em dezembro do ano de 2014, poderiam ter sido evitadas ou minimizadas. Não estou a dizer que a demandada possui suporte operacional para evitar todo e qualquer dano as suas instalações, no entanto, entendo que, na história em consideração, em que aconteceram quatro assaltos com uso da mesma técnica, sem que fossem realizadas medidas preventivas, a exemplo de uma estrutura mais resistente na parede contígua, a fim de resguardar a integridade física dos moradores vizinhos, demonstrando o defeito na prestação do serviço.

Destarte, conclui-se que, a atividade típica desempenhada pela apelada, fez atrair a conduta ilícita dos criminosos e em consequência do ineficiente serviço prestado pela mesma, na medida em que deixou de desincumbir adequadamente o dever de segurança, ônus inerente ao tipo de negócio que desenvolve, não se pode enquadrar a questão em caso fortuito externo por atuação exclusiva de terceiro, para fins de exclusão da responsabilidade com rompimento da relação de causalidade, tese defendida pela parte promovida e acolhida pelo magistrado "a quo".

É que o conflito se ajusta aos casos em que, "apesar de o dano ter sido efetivamente causado por ação de terceiro, ainda assim a responsabilidade remanescerá. Serão aqueles em que simultaneamente: a) os fatos de terceiros deixam de ser extraordinários, tornando-se previsíveis no cálculo como possibilidade de ocorrência; b) estão ligados ao negócio empreendido. Tornam-se, assim, hipótese de fortuito interno, não quebrando o nexo de causalidade". (Rizzatto Nunes, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 7ª edição, 2013 Ed. Saraiva, pág.304).

Tem-se, em síntese que o risco inerente à atividade exercida pela instituição financeira a torna responsável, pelo prejuízo extrapatrimonial

experimentado pela recorrente, haja vista que o evento danoso, embora não tenha sua cobertura decorrente de expressa previsão contratual, resultou de falha atinente ao serviço prestado, fazendo nascer o liame causal.

Jurisprudência:

> DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. RITO SUMÁRIO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. LEGITIMIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. SENTENÇA REFORMADA. APLICAÇÃO, AO CASO, DO ARTIGO 515, § 3º, DO CPC. CAUSA MADURA. MÉRITO. **EXPLOSÃO EM CAIXA ELETRÔNICO. DANOS À RESIDÊNCIA DOS AUTORES. CONSUMIDORES POR EQUIPARAÇÃO. ART. 17, DO CDC.** RISCO DO NEGÓCIO. **RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA CASA BANCÁRIA**. **PRECEDENTES. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO *IN RE IPSA***. INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM R$ 30.000,00 (TRINTA MIL REAIS). OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. PREJUÍZOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO DE PARTE DOS CUSTOS COM REPAROS NA ESTRUTURA FÍSICA ABALADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> I. Merece reforma a sentença que reconhece a ilegitimidade *ad causam* de instituição financeira, para figurar no polo passivo de ação indenizatória proposta pelos consumidores se, como na espécie, a controvérsia estabelecida nos autos refere-se ao reconhecimento de eventual causa excludente da responsabilidade civil, calcada na culpa exclusiva de terceiro, questão afeta ao mérito da demanda. II. Cabe ao Órgão *Ad Quem* decidir a causa, uma vez reformada a sentença que extingue o processo, sem enfrentar-lhe o mérito, desde que a demanda apresente-se madura para imediato julgamento, como na espécie. Inteligência do artigo 515, § 3º, do CPC. III. **Na hipótese dos autos, a matéria controvertida, que fundamenta a pretensão indenizatória, refere-se aos danos causados à residência dos autores, consumidores por equiparação (art. 17, do CDC), em decorrência de explosão em caixa eletrônico de propriedade da casa**

bancária demandada, promovida por criminosos. IV. Nos termos do art. 14, do CDC, a responsabilidade objetiva dos fornecedores somente se elide com a prova da inexistência de defeito nos serviços prestados ou da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, para a causação dos prejuízos. V. Inaplicável à espécie, entretanto, **a excludente de responsabilidade civil calcada na culpa de terceiros, pois o evento danoso foi cometido no interior de agência bancária de propriedade da demandada, possuindo nexo direto com o negócio praticado pela instituição financeira, além de ser previsível, por ser público e notório o substancial incremento das práticas que envolvem a explosão de caixas eletrônicos.** Precedentes. VI. Exsurge à parte hipossuficiente, nestes termos, **o direito à reparação civil, diante do dano por ela suportado e do ato ilícito constatado, revelando-se despicienda, no particular, a averiguação da culpa empresarial, diante da responsabilidade objetiva do Banco, que deve suportar os riscos de sua atividade comercial.** VII. A configuração dos prejuízos morais, de seu turno, além de ser ínsita à própria conduta ilegal, resta evidente a partir dos elementos de convicção colacionados aos autos, pois os autores, pessoas idosas, foram surpreendidos, enquanto dormiam, com os estilhaços de vidros e outras estruturas de sua residência, como efeito dos eventos noticiados na exordial, fato suficiente a causar-lhes abalos emocionais relevantes. VIII. A indenização relativa aos danos morais deve ser fixada em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), valor suficiente, a um só tempo, para compensar os prejuízos suportados pelos recorrentes, sem autorizar-lhes o enriquecimento desmotivado, e punir a conduta ilícita atribuída à instituição financeira. IX. Havendo prova, outrossim, de parte dos prejuízos materiais apontados na vestibular, impõe-se, igualmente, a respectiva reparação, uma vez reconhecida a responsabilidade objetiva da demandada pelos eventos ocorridos em agência bancária de sua propriedade. X. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. (TJBA. Classe: Apelação, Número do Processo: 0000588-24.2014.8.05.0156, Relator(a): Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel, Segunda Câmara Cível, Publicado em: 04/11/2015). GN.

RECURSO ESPECIAL - **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS** PROMOVIDA POR TRANSEUNTE EM FACE DE **INSTITUIÇÃO FINANCEIRA** E DE EMPRESA DE SEGURANÇA, ATINGIDO POR PROJÉTIL DISPARADO COM ARMA DE FOGO, NO MOMENTO EM QUE OCORREU TENTATIVA DE ROUBO DE MALOTES DE DINHEIRO RETIRADOS EM FRENTE À AGÊNCIA BANCÁRIA, NA CONSECUÇÃO DE OPERAÇÃO TÍPICA. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, QUE, AO FINAL, RECONHECERAM A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS DEMANDADOS. INSURGÊNCIAS, EM SEPARADO, DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E DA EMPRESA DE SEGURANÇA.

Hipótese em que se pretende a condenação solidária de instituição financeira e de empresa de segurança pelos danos morais, estéticos e materiais impostos ao demandante que foi atingido por projétil de arma de fogo (resultando, ao final, na amputação de sua perna na parte inferior ao joelho), por ocasião da tentativa de roubo justamente no momento em que a casa bancária, no desempenho de suas operações cotidianas, retirou ostensivamente malotes de dinheiro, pela porta da frente da agência bancária, em horário e local de grande circulação de pessoas. Em primeira instância, a ação restou julgada procedente em face de instituição financeira, e, extinta, sem julgamento de mérito, em relação à empresa de segurança. Em sede de recurso de apelação, reforma parcial da sentença, para reintegrar à lide a empresa de segurança, condenando-a em solidariedade com a casa bancária pelos danos suportados pelo demandante. 1. A partir do suporte fático delineado pelas instâncias ordinárias, sobressai evidenciado que a instituição financeira, na consecução de operação própria de sua atividade - levada a efeito, por sua conta e risco, na via pública -, foi alvo de empreitada criminosa, com repercussão na esfera de direito de terceiros. Constata-se, portanto, que houve a retirada ostensiva de malotes de dinheiro (mediante a atuação de empresa de segurança contratada ante iniciativa da instituição financeira), cuja operação foi realizada através da porta da frente da agência bancária, em horário e local de grande circulação de pessoas, procedimento

adotado pela Caixa Econômica Federal para viabilizar ação intrínseca ao seu empreendimento, inegavelmente. 1.1. A conduta ilícita perpetrada em face da instituição financeira (ainda que ocorrida na via pública), deu-se justamente por ocasião e em razão da realização de atividade bancária típica por ela desempenhada, inserindo-se, nessa extensão, nos riscos esperados do empreendimento desenvolvido, mantida incólume a relação de causalidade. 1.2. O simples fato de a tentativa de roubo ter ocorrido na via pública não tem o condão, por si só, de afastar a responsabilidade da instituição financeira ante danos infligidos a terceiro transeunte (consumidor por equiparação), justamente em razão da operação de carga e descarga de dinheiro em malotes ter sido desenvolvida naquele local. **Ao assim proceder, os métodos e mecanismos de segurança empregados pela casa bancária deveriam ser mais eficientes, rigorosos e producentes, porquanto expõem, em circunstâncias tais, um número substancialmente maior e impreciso de pessoas aos riscos próprios da atividade que desenvolve**, **o que robustece sua responsabilidade pelos danos narrados na exordial.** 2. A *ratio decidendi* dos precedentes desta Corte de Justiça está justamente no fato de que, no interior das agências, em que há o desenvolvimento, em grande parte, das atividades bancárias, as quais naturalmente envolvem a concentração de elevadas somas em dinheiro, o roubo ali praticado insere-se, indene de dúvidas, no risco do empreendimento desenvolvido pela instituição financeira. **Destaca- se: Não é exclusivamente o local, mas também a atividade desempenhada que caracterizam os potenciais riscos.** 2.1. Não obstante, caso a atividade bancária venha a ser desenvolvida fora dos limites físicos da agência, também com a movimentação de expressivos valores monetários, a conduta ilícita, ainda que ocorrida na via pública, compreende-se igualmente no risco do empreendimento, devendo a instituição financeira, por isso, responsabilizar-se objetivamente ante danos daí advindos, suportados por clientes ou terceiros. 3. Na hipótese em foco, inexiste dúvida de que o banco demandado, ao operacionalizar sua atividade bancária (retirada e transporte de expressiva quantia em dinheiro em plena via pública, pela porta da frente da agência em local e horário de grande

> circulação de pessoas), criou riscos a terceiros, devendo, portanto, reparar, de modo pleno, os danos daí advindos. 4. (...). 6. Recursos Especiais improvidos. (STJ. REsp 1098236/ RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2014, DJe 05/08/2014). GN.

> AGRAVO REGIMENTAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL - MORTE DO FILHO DOS AGRAVADOS VÍTIMA DE ASSALTO - AGÊNCIA BANCÁRIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA - SÚMULA STJ/83.
> 1.- A jurisprudência desta Corte entende que há responsabilidade objetiva das instituições financeiras pela ocorrência de roubos no interior do estabelecimento bancário, pois esse tipo de evento caracteriza-se como risco inerente à atividade econômica desenvolvida pelos Bancos. Incide à espécie, o óbice da Súmula 83 desta Corte. 2.**- Conforme apurado nos autos, a falha na segurança da instituição bancária permitiu a atuação dos criminosos em sua Agência, dando início à execução dos crimes, o que confirma o nexo de causalidade entre o ato defeituoso da Agravante e o resultado lesivo suportado pelos Agravados, ensejando a condenação à reparação dos danos morais.** 3.- Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg nos EDcl no AREsp 355.050/GO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 03/12/2013). GN.

Ademais, afirmou a requerente (fato não impugnado pela parte contrária), que em consequência do incidente gerador do litígio, a requerida providenciou, voluntariamente, a recuperação das instalações físicas do imóvel residencial, inclusive o fez de forma prioritária em relação ao próprio prédio da agência, o que leva a crer que houve a aceitação implícita do liame causal e da responsabilidade civil.

Desse modo, o sofrimento da apelante resultante de diversos sentimentos negativos decorrentes do temor de residir vizinho à casa bancária é apto a autorizar reparação por dano extrapatrimonial; caracterizando pois,

a conexão entre os sentimentos negativos vivenciados pela demandante e falha, falta, defeito da ação ou omissão da apelada.

Devo registrar que o entendimento ora delineado, diverge de julgados pretéritos desta Corte de Justiça, referente ao mesmo fato, a saber:

> APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. EXPLOSÕES CRIMINOSAS EM AGÊNCIA BANCÁRIA VIZINHA À RESIDÊNCIA DO RECORRENTE. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> 1. De início, adianto que o pedido de aplicação dos efeitos da revelia não merece guarida, eis que sua caraterização não induz a uma presunção absoluta de veracidade dos fatos narrados pelo autor, permitindo ao juiz a análise das alegações formuladas pelas partes em confronto com todas as provas carreadas aos autos para formar o seu convencimento. 2. A circunstância de o recorrente residir ao lado de agência bancária, a qual foi alvo de explosões criminosas, por si só, não basta para estabelecer o dever de indenizar. 3. Com efeito, para a configuração do dano moral indenizável, necessária a conjugação do dano, da conduta do agente e do nexo de causalidade entre um e outro, sem o que inviável se torna o desacolhimento da pretensão indenizatória. 4. Na hipótese dos autos, constata-se que a recorrida não contribuiu para o fato danoso, não se podendo olvidar que a atividade desenvolvida não resulta em obrigação de garantia absoluta de segurança ao patrimônio ou incolumidade física das pessoas que residem próximo à agência. 5. Desta forma, a decisão recorrida não merece qualquer reforma, eis que inexiste nos autos relação de causalidade direta entre qualquer conduta do recorrido e os supostos danos causados ao apelante. 6. Recurso conhecido e improvido. (Apelação Cível n. 0003367-50.2015.8.06.0103 Relator (a): CARLOS ALBERTO MENDES FORTE; Comarca: Itapiúna; Órgão julgador: Vara Única; Data do julgamento: 08/03/2017; Data de registro: 10/03/2017).

No mesmo sentido: (Apelações Cíveis números 0003475-79.2015.8.06.0103 e 0003434-15.2015.8.06.0103. Relator (a): Desembargadora LIRA RAMOS DE OLIVEIRA; Data do julgamento: 09/05/2018).

Por fim, em relação ao **montante indenizatório**, conquanto não se possa evitar, afastar, substituir, ou quantificar a dor suportada pela autora em valores monetários, certo é que o dinheiro representa efetivamente uma compensação. De fato, a indenização moral objetiva levar ao prejudicado um bem da vida, que lhe restitua parcialmente a sensação de justiça e, ainda, represente uma utilidade concreta.

Ao lado da compensação, cabe ponderar sobre o caráter punitivo da reparação de danos morais. A punição deve ser entendida, obviamente, não no sentido penal, mas no sentido funcional, à guisa de exemplo para a continuidade da atividade empreendida pela ré, prevenindo que a prática lesiva se repita em relação a outras pessoas.

Se, por um lado, o valor da indenização não deve ser capaz de levar a vítima ao enriquecimento sem causa, também não pode ser ínfimo ou insignificante para o ofensor.

Nessa toada, considero que, na hipótese, o valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), representa "quantum" razoável para fins de indenização por dano extrapatrimonial.

Pelo exposto, conheço do recurso para DAR-LHE PROVIMENTO, reformando a sentença impugnada para julgar procedente a ação, condenando a promovida ao pagamento da indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), eis que razoável e adequado ao caso em tela, acrescido de juros de de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir do evento danoso e correção monetária pelo INPC desde a data do arbitramento (Súmula 362 do STJ), na esteira da jurisprudência desta Corte de Justiça e do STJ.

No azo, tendo em vista o julgamento procedente da ação, impera a inversão do ônus sucumbencial com a condenação da parte promovida ao pagamentos das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (quinze por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º do CPC/2015.

É como voto.

PROCESSO: 0004520-52.2015.8.06.0125 - APELAÇÃO
APELANTE: TARDINY PINHEIRO ROBERTO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRODUÇÃO DE PROVAS. INTIMAÇÃO DO RÉU. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO CAUSÍDICO DO RÉU. CERCEAMENTO DE DEFESA. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA NULA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Cuida-se de Recurso de Apelação Cível com vistas a reforma da sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau e que julgou procedente o pleito formulado pelo Ministério Público, condenando o réu por atos de improbidade administrativa (art. 11, II c/c art. 12, III, da Lei 8.429/92). Em suas razões alega o recorrente, em síntese, o cerceamento de defesa em razão da não intimação do patrono para apresentação de provas e, no mérito, a inexistência de ilegalidade ou improbidade quando do exercício do cargo de Prefeito de Missão Velha.

2. Do cotejo dos documentos colacionados aos autos, verifica-se que o despacho saneador referido pelo apelante definiu os pontos controvertidos da demanda e determinou a intimação das partes para que manifestem-se sobre o interesse de produzir provas. Contudo, inexiste intimação do causídico do réu quanto a esse despacho, fato este confirmado inclusive pelo magistrado de planície em seu julgado.

3. Doutrina e jurisprudência são uníssonas quanto ao cerceamento de defesa, posto que a intimação deveria ter sido realizada em nome do causídico constituído nos autos e não pessoalmente ao réu. Tal fato, decerto, afastou do réu o direito de apresentar maiores elementos de prova com a finalidade de comprovar a legalidade dos atos perpetrados quando do exercício do mandato de Prefeito Municipal.
4. Merece ser anulada a sentença recorrida tendo em vista a ausência de intimação para apresentação de provas de advogado devidamente constituído pelo réu, não afastando a nulidade da sentença o fato de ter sido intimada a parte, que não dispõe de capacidade postulatória (art. 234 c/c 236 do CPC).
5. Recurso de Apelação conhecido e provido, para anular a sentença de piso e determinar o retorno dos autos à origem a fim de que se oportunize à parte ré, ora apelante, a devida intimação quanto ao despacho de fl. 722, oportunizando-lhe a produção probatória.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara de Direito Público do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e à unanimemente, em conhecer o Recurso de Apelação para dar-lhe provimento, anulando a sentença de piso e determinando o retorno dos autos à origem para regular seguimento, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 18 de junho de 2018

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso de Apelação Cível interposta com a finalidade de desconstituir a sentença de mérito proferida pelo magistrado atuante na Vara Única da Comarca de Missão Velha e que entendeu pela procedência da Ação de Improbidade Administrativa interposta em face do ora recorrente.

Como dito, na origem fora interposta Ação de Improbidade Administrativa pelo Ministério Público Estadual em face de TARDINY PINHEIRO ROBERTO, então Prefeito do Município de Missão Velha. Arguiu o representante do *Parquet*, em resumo, que o promovido desde 2013 vem atrasando o pagamento dos servidores municipais. Alega o autor que os atrasos se devem à ineficiência na gestão pública e ao desvio de finalidade do gestor, posto que vem recebendo normalmente o dinheiro destinado a esse pagamento (FUNDEF, FPM, ICMS,...). Ao final, requereu a condenação do promovido às penas previstas no art. 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), com fundamento na efetiva caracterização da conduta descrita no art. 11, II, da referida norma.

Defesa prévia às fls. 645/657.

Recebida a inicial, consoante decisão de fl. 692/694.

Contestação apresentada pelo promovido às fls. 700/712 na qual refere-se, em síntese, que o atraso no pagamento dos salários dos servidores se deve ao excessivo montante das dívidas trabalhistas deixadas pelo antigo gestor. Além disso, refere-se a ocorrência de desonerações tributárias da União, com a diminuição do IPI e a substancial diminuição da arrecadação municipal entre os anos de 2008 e 2014. Ainda, alega ter tomado diversas medidas para contingenciar despesas, incluindo a redução do seu salário, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais.

Réplica às fls. 716/721.

À fl. 722, foi proferido despacho saneador, no qual foram fixados os pontos controvertidos e determinada a intimação das partes para especificarem as provas que pretendessem produzir.

Sentença às fls. 743/478 julgando procedente o feito, como dito, onde reconheceu o magistrado de piso que "*o pagamento dos servidores se trata de ato vinculado, não sujeito aos critérios de conveniência e oportunidade do Prefeito*". Entendeu o magistrado inexistir prova de qualquer fato que fundamente a ilegalidade por ele perpetrada, "*não podendo, por isso, invocar em seu benefício a presunção de boa-fé*". Ao final, o magistrado de planície entendeu como presentes os fundamentos legais necessários para a responsabilização do promovido nas infrações descritas no art. 11, II, da Lei 8.429/92, condenando-o como incurso nas sanções do art. 12, III, da referida norma.

Apresentados Embargos de Declaração pelo promovido, fls. 759/762, no qual argui omissão no julgado quanto a matéria que deveria ser apreciada de ofício pelo magistrado, qual seja, ausência de intimação do causídico do embargante para tomar ciência e manifestar-se acerca do despacho saneador, colacionado à fl. 722. Contrarrazões apresentadas às fls. 767/771. Em apreciação aos aclaratórios, o magistrado de planície entendeu pela sua rejeição, fls. 773/774.

Inconformado, o promovido apresentou Recurso de Apelação fls. 782/801, no qual alega, em resumo, a ocorrência de nulidade do *decisum* decorrente do cerceamento de defesa operado em razão da ausência de intimação do causídico da parte promovida para apresentar, querendo, as provas que pretenda produzir. No mérito, aduz inexistir qualquer ilegalidade, que dirá improbidade, nos atos realizados quando no exercício do cargo de Prefeito de Missão Velha.

Contrarrazões às fls. 807/811 nas quais defende o acerto da decisão guerreada ao acolher os pedidos condenatórios, não detectado quaisquer falha ou vício no seu processamento.

Devidamente distribuído o presente Recurso neste Eg. Tribunal de Justiça, foram os autos encaminhados ao douto representante do *Parquet*para manifestação, tendo ele apresentado petição de fls. 822/831 por meio da qual ratifica as contrarrazões apresentadas pelo representante do Ministério Público em primeiro grau (fls. 807/811).

É o relatório. Decido.

VOTO

Recurso que atende aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade e cabimento, o qual tomo conhecimento.

Cinge-se a controvérsia em verificar se acertada a sentença apelada que condenou a recorrente em razão de atos perpetrados quando do exercício do cargo de Prefeito do Município de Missão Velha, por entender presentes atos de improbidade administrativa (art. 11, II, da Lei 8.429/92), condenando-o como incurso nas sanções do art. 12, III, da referida norma.

Contudo, antes do ingresso no mérito da referida Ação de Improbidade, cumpre referir-se ao procedimento seguido pelo magistrado de planície para chegar ao termo do processo em primeiro grau. Em especial, cumpre referir-se as alegativas trazidas pelo recorrente quanto ao cerceamento do seu direito de defesa em razão de não ter sido intimado o seu advogado constituído acerca do despacho saneador de fl. 722.

Do cotejo dos documentos colacionados aos autos, verifica-se que o despacho de fl. 722 definiu os pontos controvertidos da demanda e determinou a intimação das partes para que manifestem-se sobre o interesse de produzir provas.

Referido despacho, contudo, não foi apresentado da maneira devida ao causídico do réu da ação de improbidade, fato este confirmado inclusive pelo magistrado de planície em seu julgado ora apelado. Assim referiu-se o magistrado quando da apreciação dos Embargos de Declaração apresentados pela parte ora apelante:

> Ainda assim, não procede a nulidade suscitada, pois, embora a decisão saneadora não tenha sido publicada no Diário de Justiça, a finalidade do ato veio a ser atingida através da intimação pessoal do promovido, por mandado, em 21/10/2016 (fls. 679v), ocasião em que o interessado tomou inequívoca ciência do pronunciamento judicial de fls. 679v.
> (…)
> Acrescente-se que a sentença só foi proferida em 16/11/2016 (fls. 683v) – mais de vinte dias depois da intimação pessoal do promovido - , daí porque não há como acolher a tese de

> que o réu teria perdido a oportunidade de se manifestar sobre os termos do saneamento do processo, antes do julgamento do feito." (fl. 774)

Em casos que tais, a doutrina e jurisprudência são uníssonas em caracterizar o cerceamento de defesa, posto que a intimação deveria ter sido realizada em nome do causídico constituído nos autos e não pessoalmente ao réu. Tal fato, decerto, afastou do réu o direito de apresentar maiores elementos de prova com a finalidade de comprovar a legalidade dos atos perpetrados quando do exercício do mandato de Prefeito Municipal.

Trago algumas referência doutrinárias a respeito do tema:

> "O segundo ato de comunicação processual é a intimação, definida no art. 234 do CPC como ''o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa''. Trata-se de ato pelo qual se comunica qualquer pessoa de alguma forma ligada ao processo (autor, réu, testemunha, perito, entre outros) dos acontecimentos do processo, devendo o intimado fazer ou deixar de fazer algo em virtude de tal comunicação. **Como regra, as partes são intimadas através de seus advogados**, sendo certo que nas capitais e no Distrito Federal considera-se realizada a intimação com a publicação do ato no órgão oficial. Da intimação realizada por esta forma, deverá constar, sob pena de nulidade, a indicação dos nomes das partes e de seus advogados". (CÂMARA, Alexandre Freitas. Curso de Direito Constitucional Tributário, 17ª. ., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 549/551)

> Art. 234: 1b. "A intimação é ao advogado e não à parte, salvo disposição de lei em contrário. É nula a intimação quando feita com inobservância das prescrições legais" (RSTJ 79/130).
> (...)
> Art. 236: 5a. O "caput" do art. 236 refere-se à intimação ao advogado, que é a regra geral (v. Art. 234, nota 1b). Além disso, mesmo nas comarcas onde as intimações se fazem pela imprensa, não é nula a realizada ao advogado por oficial pelo escrivão (RTJ 97/1.162, RJTJESP 106/221), ou pelo oficial de justiça (v. arts. 238 e 239). (THEOTONIO NEGRÃO e

> JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 38ª. Edição, São Paulo: Saraiva, 2006, págs. 322 e 325)

O entendimento firmado nesta Corte em casos congêneres é o de que "a demanda não cuida apenas de matéria de direito, mas essencialmente de matéria de fato, e matéria de fato controvertida, de modo que o ora recorrente possui o direito dever de produzir em audiência as provas que reputa indispensáveis à defesa de seus interesses. **Se na espécie não foi concedida ao apelante oportunidade para produzir provas acerca da veracidade de suas alegações, não obstante tenham sido requeridas expressamente e sejam fundamentais para o deslinde da questão, evidente é o cerceamento de defesa, o que impõe a desconstituição da sentença apelada, para que se prossiga com a instrução do feito.**O magistrado pode e deve determinar, de ofício, a produção das provas necessárias à instrução do processo. Recurso conhecido. Preliminar acolhida. Sentença desconstituída, devendo os autos retornar à primeira instância, a fim de que seja viabilizada a dilação probatória" (TJCE – Relator Des. FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE; Comarca: Barroquinha; Órgão julgador: 7ª Câmara Cível; Data do julgamento: 19/10/2015; Data de registro: 20/10/2015).

A esse respeito, colaciono alguns julgados que bem demonstram o cerceamento de defesa ocasionado pela ausência de intimação do causídico da apelante:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDEVIDA DECRETAÇÃO DA REVELIA DA PARTE ORA RECORRENTE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL *A QUO*. FALTA DE INTIMAÇÃO DE SEU PATRONO JÁ CONSTITUÍDO NOS AUTOS PARA A ESPECIFICAÇÃO DOS MEIOS PROBATÓRIOS QUE DESEJASSE PRODUZIR. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. SENTENÇA, CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO, QUE JULGOU PROCEDENTE A ACUSAÇÃO DE PRÁTICA DE ATO SUBSUMÍVEL À LEI Nº 8.429/92.

1. Na origem, trata-se de ação de improbidade administrativa por meio da qual foi reconhecida a prática de ato subsumível à Lei nº 8.429/92 - dispensa de licitação em hipótese não autorizada pelo ordenamento jurídico - tendo a parte ora recorrente sido condenada ao ressarcimento integral do dano causado ao patrimônio público, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos e o pagamento da multa civil no valor de cinco vezes o valor da remuneração por ele recebida.

2. A interpretação sistemática dos alegadamente violados arts. 319 a 322 do Código de Processo Civil leva à conclusão de que a revelia é um ato-fato processual - decorrente da falta de apresentação de defesa pelo requerido a respeito dos fatos aduzidos na petição inicial -, do qual exsurge os seguintes efeitos: (a) via de regra, presunção de veracidade das circunstâncias firmadas pelo autor (efeito material); e, (b) prosseguimento do processo sem a intimação do réu-revel (efeito processual). A esses, acrescenta a doutrina, ainda os seguintes: (c) preclusão em desfavor do réu do poder de alegar algumas matérias de defesa; e, (d) possibilidade de julgamento antecipado da lide, acaso se produza o efeito substancial da revelia (art. 330, II, CPC).

3. Assim, a presunção de veracidade dos fatos é apenas um dos efeitos possíveis da revelia, sendo certo que, outro igualmente importante, é a falta de intimação da parte revel a respeito dos atos processuais. Note-se que, de acordo com a nova redação do art. 322 do CPC - nos termos da Lei 11.280/06 -, ainda que tenha havido a ocorrência da revelia, conforme art. 236, § 1º do CPC, há a necessidade de que o advogado constituído nos autos seja devidamente intimado dos atos processuais, sendo esta providência desnecessária tão somente àquele revel que não tem patrono constituído nos autos. Precedentes.

4. Esta circunstância é de extrema relevância em demandas como a *sub examine*, em que se discute a prática de ato de improbidade administrativa. Isso porque, embora tenha um caráter eminentemente cível, é inegável o caráter sancionatório da demanda, tendo em vista as sanções aplicáveis - que implicam, inclusive, na suspensão transitória de direitos políticos -, e, ainda, a eventual irradiação dos seus efeitos para outras esferas, tais como, na administrativa e no penal.

Assim, não só por se tratar de direitos indisponíveis, mas - e ainda o que é mais relevante - tendo em vista a natureza dos interesses envolvidos, sobreleva ainda mais a importância de se garantir exercício do direito de defesa ao requerido a fim de que o sistema de justiça possa prolatar uma resposta à sociedade que efetivamente proteja os interesses públicos envolvidos.

5. No caso em concreto, o próprio Tribunal *a quo*revelou que, nos presentes autos, houve a incorreta decretação da revelia, sendo certo que, deste ato, houve prejuízos à parte a quem desfavoreceu. Isso porque, expressamente, o Tribunal *a quo*consignou que não houve a intimação dos patronos da parte ora recorrente para a produção de provas, embora tenha efetivamente existido o despacho (fl. 487 dos autos). Ou seja, embora não tenham sido imputados os efeitos da confissão, ainda assim houve prejuízo para o exercício de defesa da parte ora recorrente uma vez que a conclusão quanto ao julgamento antecipado da lide não levou em consideração se a parte ora recorrente, que é requerida na demanda de improbidade, tinha ou não interesse em produzir provas em sua defesa (embora pretensamente tenha sido intimado para tanto). Posicionamento da doutrina e inteligência da Súmula 231 editada pelo Supremo Tribunal Federal.

6. Incontroversos, assim, os prejuízos causados ao exercício da ampla defesa da parte ora recorrente em face da ilegítima decretação da revelia nos autos *sub examine*. Isso porque, embora tenha sido consignado que em se tratando de direito indisponível não há presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial (efeitos da revelia), é de se ressaltar que a falta de intimação da parte dos atos processuais, quando prolatado o despacho para a produção de prova pela autoridade julgadora, é efeito que inegavelmente lesa a esfera jurídica da parte ora recorrente. No caso em concreto, o julgamento antecipado da lide se deu com base exclusivamente nas provas produzidas pelo Ministério Público do Estado do Paraná, uma vez que **à parte ora recorrente não foi dada a oportunidade de produção de provas.**

7. Assim, **constatada que a sentença foi de procedência no ponto que declarou a existência de ato de improbidade administrativa na conduta do ora Requerente, sem**

que ao mesmo tenha sido oportunizada a possibilidade de produção dos elementos de prova que entendesse necessário, sobreleva então a nulidade do processo ante a caracterização do cerceamento de defesa.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta extensão provido. (STJ, REsp 1330058/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IRREGULARIDADES NA PRESTAÇÃO DE CONTAS DE RESPONSABILIDADE DO REQUERIDO APURADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. AUSÊNCIA DE PROVA DE DANO AO ERÁRIO, DA DESONESTIDADE E/OU DE MÁ-FÉ. IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. À luz da jurisprudência pátria, nem toda ilegalidade revela a prática de ato de improbidade administrativa, pois este último pressupõe a identificação do elemento subjetivo da conduta do agente em violação aos tipos previstos nos arts. 9º, 10 ou 11, da Lei nº 8.429/92.

2. **Deve ser julgado improcedente o pedido formulado em ação civil pública, se não configurada a improbidade administrativa, por ausência de prova de dano ao erário, desonestidade e/ou de má-fé do agente**.

3. "Nos termos da jurisprudência do STJ, a improbidade é ilegalidade tipificada e **qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente**. Assim, o fato praticado pela recorrida, apurado pelo TCM, embora reprovável e ofensivo aos interesses da Administração Pública, não conduz ao reconhecimento de ato de improbidade administrativa. Não fosse assim, toda ilegalidade, de natureza penal ou cível, praticada contra a Administração Pública, invariavelmente, acarretaria ofensa da probidade administrativa." (TJCE – Apelação Cível nº 68-56. 2010.8.06.0098, Rel. Desembargador Francisco Gladyson Pontes, 3ª Câmara Cível, julgado em 17/08/2015)

4. Apelo conhecido e desprovido. Sentença confirmada.

(TJCE – Relator Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; Comarca: Sobral; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 23/11/2015; Data de registro: 23/11/2015)

AÇÃO DE EXECUÇÃO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POR ABANDONO DA CAUSA PELA APELANTE (CPC, ART. 267, III). INTIMAÇÃO PESSOAL DESSA PARA QUE SE MANIFESTASSEM SOBRE O PROSSEGUIMENTO DO FEITO, EM 48 HORAS, SOB PENA DE EXTINÇÃO. AUSÊNCIA DE **INTIMAÇÃO DO ADVOGADO. A INTIMAÇÃO DA PARTE NÃO SUPRE A DO ADVOGADO, JÁ QUE ELA NÃO PODE PETICIONAR NOS AUTOS.**APELO PROVIDO PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA. UNÂNIME. (TJRS - Apelação Cível nº 70015484025; Vigésima Câmara Cível; Rel. Des. Rubem Duarte, julgado em 06/12/2006, DJ 26/12/2006)

Diante do exposto, em casos que tais, a decretação de nulidade é impositiva, não se afastando, como visto o entendimento pretoriano e doutrinário dessa solução.

Merece, assim, ser anulada a sentença recorrida tendo em vista a ausência de intimação para apresentação de provas de advogado devidamente constituído pelo réu, não afastando a nulidade da sentença o fato de ter sido intimada a parte, que não dispõe de capacidade postulatória (art. 234 c/c 236 do CPC).

ISSO POSTO, conheço o Recurso de Apelação para dar-lhe provimento, anulando a sentença de piso e determinando o retorno dos autos à origem a fim de que se oportunize à parte ré, ora apelante, a devida intimação quanto ao despacho de fl. 722, oportunizando-lhe a produção probatória.

É como voto.

Fortaleza, 18 de junho de 2018.

PROCESSO: 0012759-92.2013.8.06.0035 – APELAÇÃO
APELANTE: JOSÉ BATISTA DA SILVA
APELADO: ARACATI CARTÓRIO DO REGISTRO CIVIL – 1º OFÍCIO (CARTÓRIO COSTA LIMA)
RELATOR: DES. HERÁCLITO VIEIRA DE SOUSA NETO

EMENTA: DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. LAVRATURA DE ASSENTO DE ÓBITO COM DADOS DE PESSOA VIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO TABELIÃO. DANOS MORAIS DEVIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

1. Trata-se de Apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente o pleito autoral para determinar a retificação da certidão de óbito, excluindo apenas o número de CPF ali constante, declarando que o autor da ação estava vivo na data da prolação da sentença, mas rejeitou o pedido de reparação de danos.

2. Na presente insurgência, o autor defende a reforma de sentença no tocante à ausência de condenação do demandado ao pagamento de indenização por danos morais.

3. O art. 22 da Lei 8.935/94, na sua redação original, vigente à época do fato em questão, dispunha que "*os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos*", consagrando a responsabilidade objetiva, conforme interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

4. Na hipótese em exame, verifica-se que o tabelião lavrou certidão de óbito de homônimo do autor, que também apresentava a mesma data de nascimento e a mesma filiação. Ocorre que o CPF indicado na certidão não era do *de cujus*, mas do demandante, o que lhe ocasionou diversos transtornos, como a postergação do recebimento de benefício previdenciário e o cancelamento do título eleitoral, violando direitos fundamentais do ofendido, de forma a configurar o dano moral.
5. Os notários e oficiais de registro, que lucram com o serviço prestado, têm o dever de adotar as cautelas necessárias para garantir a correção dos dados a serem registrados, devendo analisar detidamente os documentos apresentados, o que não ocorreu no caso concreto.
6. Assim, constata-se a presença de todos os elementos necessários para responsabilização civil do demandado, sendo a quantia de R$ 7.000,00 (sete mil reais) razoável e adequada às especificidades da lide, além de encontrar-se em consonância com os valores arbitrados pelos Tribunais pátrios em casos semelhantes.
7. Recursos conhecido e provido. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, nos autos da Apelação Cível, processo nº 0012759-92.2013.8.06.0035, por unanimidade, por uma de suas Turmas, em conhecer do recurso interposto para dar-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Relator.

Fortaleza, 18 de julho de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta por JOSÉ BATISTA DA SILVA contra ARACATI CARTÓRIO DO REGISTRO CIVIL – 1º OFÍCIO em face de sentença proferida pelo Dr. Sérgio Augusto Furtado Neto Viana, que julgou extinto o processo com resolução do mérito, julgando parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para determinar a retificação da certidão óbito, excluindo apenas o número de CPF ali constante, e para declarar que o autor da ação está vivo na data da prolação da sentença, mas rejeitou o pedido de reparação de danos.

No presente recurso (fls. 95 – 110), o autor informa ter ajuizado a ação originária em virtude da lavratura errônea da certidão de óbito em seu nome, o que lhe provocou constrangimentos, humilhações e restrições perante os órgãos públicos.

Alega que, em decorrência da lavratura do assento de óbito, o autor teve que provar perante a 29ª Vara da Justiça Federal do Ceará, em demanda contra o INSS, que estava vivo, além de ter cancelados os seus direitos políticos. Menciona que, na instrução probatória, as testemunhas foram unânimes em afirmar que o erro fora praticado pelo Cartório.

Discorre acerca dos danos sofridos em razão do ato praticado pela parte adversa. Afirma que não merece prosperar a tese de que o autor teria perdido os documentos pessoais, pois restou demonstrado que o apelante perdeu tão somente sua identidade, e o número deste documento não corresponde ao constante na certidão de óbito.

Sustenta que é inegável a obrigação de o apelado reparar o dano moral, consoante art. 37, § 6º da Constituição Federal e art. 22 da Lei nº 8.935/94, sendo objetiva a sua responsabilidade. Remete-se também ao procedimento a ser adotado pelo tabelião no momento da lavratura da certidão de óbito, previsto no art. 120, IV e art. 127 do provimento nº 06/2010 da Corregedoria de Justiça.

Argumenta que, ao contrário do que afirma a sentença, não incumbe ao apelante o ônus de provar se o tabelião agiu com dolo ou culpa, já que a responsabilidade dos Cartórios é objetiva e, além disso, a parte com melhor suporte técnico para apresentar essa prova era o apelado, que, no momento da lavratura da certidão de óbito, retém os documentos apresentados pelos declarantes do óbito.

Destaca que a decisão atacada, ao se referir ao CPF que consta na certidão de óbito, menciona que "*se não se sabe ao certo se se esse número foi apresentado em cartório e por quem*", mas o ônus de provar incumbe ao tabelião que lavrou o registro, não ao autor.

Em virtude dos fatos elencados, requer a reforma da sentença, com a condenação do apelado ao pagamento de danos morais sofridos pelo autor.

Intimado para apresentar contrarrazões, o apelado deixou transcorrer *in albis* o prazo, conforme certidão de fl. 118.

Em parecer de fls. 134 – 145, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do presente recurso.

Após, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade, conheço do apelo interposto, por estarem presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Em suma, o cerne da controvérsia consiste em analisar se o tabelião deve ou não ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais em razão da lavratura de certidão de óbito com dados de pessoa viva.

A propósito, a responsabilidade civil, consistente na obrigação de reparar o dano causado a outrem em virtude da prática de ato ilícito, possui previsão nos artigos 186 e 187 c/c 927 do Código Civil.

Em regra, a responsabilidade civil é subjetiva, composta pelos seguintes elementos: ato ilícito, dano, nexo de causalidade e culpa ou dolo.

No entanto, há hipóteses determinadas em que a lei dispensa a existência do elemento subjetivo (culpa ou dolo), como no caso das relações decorrentes de serviços públicos prestados por pessoas jurídicas de direito privado, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal, em razão da adoção da teoria do risco administrativo:

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

Nessa perspectiva, o serviço notorial e de registro, apesar de essencialmente público, é prestado por particular por meio de delegação do Poder Público, dispondo a norma constitucional que a responsabilidade civil dos notários será regulada por lei. Confira-se o disposto na norma constitucional:

> Art. 236. **Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público**. (Regulamento)
> § 1º **Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário**.
> § 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. (Regulamento)
> § 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses. GN.

Por sua vez, o art. 22 da Lei 8.935/94, na sua redação original, vigente à época do fato em questão, dispunha que " *os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem*

a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos", consagrando a responsabilidade objetiva, conforme interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO REALIZADO EM VOTO VENCIDO. REGISTRO DE IMÓVEL. ERRO. DANO RECONHECIDO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AÇÃO PROPOSTA APENAS CONTRA O ENTE ESTATAL. IMPOSSIBILIDADE.
> (...)
> **Com efeito, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos casos de danos resultantes de atividade estatal delegada pelo Poder Público, há responsabilidade objetiva do notário, nos termos do art. 22 da Lei 8.935/1994, e apenas subsidiária do ente estatal. Precedentes: AgRg no AREsp 474.524/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/06/2014; AgRg no AgRg no AREsp 273.876/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/5/2013; REsp 1.163.652/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1º/7/2010.(**...)(STJ, EDcl no REsp 1655852/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 19/12/2017) GN.

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ESCRITURA CONTRAPOSTA POR RECONVENÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. IMÓVEL. VENDA *A NON DOMINO*. INDENIZAÇÃO. TABELIÃO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. EVENTO ANTERIOR À LEI 8.935/1994. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. (...)2. **A responsabilidade do notário registrador somente passou a ser objetiva com a regulamentação da previsão**

constitucional por meio da edição da Lei 8.935/1994. (...).(STJ, AgRg no REsp 1027925/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 11/04/2013) GN.

Outro não é o entendimento desta Corte de Justiça:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA NOTÁRIOS E REGISTRADORES POR DANOS CAUSADOS A TERCEIRO. ART. 22, DA LEI 8.935/94, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.286/16, C/C ARTIGOS 37, § 6º, E 236, §1º, AMBOS DA CF/88. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. EMISSÃO DE PROCURAÇÃO PÚBLICA E ESCRITURA DE COMPRA E VENDA SEM OBSERVÂNCIA ÀS NORMAS OBRIGATÓRIAS DO PROVIMENTO Nº 06/2010, DA CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. DANO MATERIAL COMPROVADO EM PARTE. DANO MORAL CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS NOTÁRIOS, ORA APELANTES. NECESSIDADE DE REPARAÇÃO DOS DANOS SUPORTADOS. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

A síntese fática do caso concreto se resume a responsabilidade civil dos notários e registradores por danos causados a terceiro, na prática de atos da serventia, quando da realização pelo autor da compra de cessão de direitos hereditários sobre terrenos próprios para construção, em Juazeiro do Norte. O pedido autoral foi julgado parcialmente procedente, tendo os demandados apelado da sentença. 2**. Sendo o oficial de registro e notário titular de atividade delegada do Poder Público, está ele sujeito ao preceito constante do art. 37, § 6º, da CF/88, respondendo objetivamente pelos seus atos e de seus prepostos. 3. Nos termos do art. 22, da lei 8.935/94, com redação dada pela lei 13.286/16, a responsabilidade civil que recai sobre os notários e oficiais de registro em relação aos danos causados a terceiros é objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa em qualquer de suas modalidades**. 4. **O notário que aufere**

proveito econômico com a lavratura de documento dotado de fé pública, como é o caso de lavratura de procuração pública e de emissão de escritura pública de compra e venda de imóvel, tem como dever legal a análise detida dos documentos apresentados, adotando, ainda, todas as cautelas necessárias para garantir sua fidedignidade, mostrando-se inaceitável a sua pretensão de eximir-se de responsabilidade por ato nulo decorrente de seu ofício. 5. Acerca da controvérsia trazida à baila, para lavrar procuração em causa própria e escritura pública de compra e venda de direito de cessão de herança sobre bem imóvel, o notário ou registrador, como é o caso dos apelantes, deve seguir as normas obrigatórios do Provimento nº 06/2010, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Ceará, aplicável à época do fatos, mas, precisamente, os artigos 276, IV, 350, 356, 492 e 493.(...). (TJ-CE, 0026013-92.2011.8.06.0071, Relator (a): MARIA DE FÁTIMA DE MELO LOUREIRO; Comarca: Crato; Órgão julgador: 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CRATO; Data do julgamento: 22/11/2017; Data de registro: 22/11/2017) GN.

No mesmo sentido, discorre a doutrina:

"**Antes da nova redação do art. 22 da Lei n. 8.935, de 1994, dada pela Lei n. 13.286, de 2015, e que estabelece expressamente que a responsabilidade dos notários e registradores é subjetiva, a jurisprudência majoritária seguia a tese da responsabilidade objetiva desses agentes públicos e profissionais do direito, seja porque o dispositivo legal supracitado não se referia à culpa ou dolo, seja porque se aplicava a teoria do risco**.

Várias decisões do STJ, por exemplo, entendiam que, por receber delegação de uma atividade estatal (art. 236, § 1°, da Constituição), os notários e registradores agiam por sua conta e risco, nos moldes do regime das concessões e permissões de serviço público. Também se utilizava o fundamento de que o art. 22 da Lei 8.935/1994 era claro ao estabelecer a responsabilidade dos notários e oficiais de registro por danos causados a terceiros, não permitindo a interpretação de que deve responder solidariamente o ente estatal.

> Para esta corrente jurisprudencial, tanto por se tratar de serviço delegado, como pela norma legal em comento, não havia como imputar eventual responsabilidade pelos serviços notariais e registrais diretamente ao Estado. **Ainda que objetiva a responsabilidade da Administração, esta somente responderia de forma subsidiária ao delegatário. Era deste a responsabilidade objetiva por danos causados a terceiros, salvo quando se tratasse de cartório ainda oficializado**.
>
> **Também para o Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade do notário e do registrador era objetiva, pois eles deviam ser equiparados aos concessionários e permissionários de serviço público**. No entanto, essa Corte entendia que havia responsabilidade solidária do Estado. Em suma, os tribunais decidiam de forma majoritária pela responsabilidade objetiva daqueles profissionais do direito, divergindo tão somente no que concernia à responsabilidade objetiva do Estado: uma posição defendia a responsabilidade solidária, outra, a responsabilidade subsidiária e, uma terceira, a inexistência de responsabilidade do Estado. (LOUREIRO, Luiz Guilherme. REGISTROS PÚBLICOS - TEORIA E PRÁTICA. 8ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2017 GN**.**

Na hipótese em exame, verifica-se que o tabelião, em julho de 2012, lavrou certidão de óbito (fl. 16) de JOSÉ BATISTA DA SILVA, indicando como pertencentes a ele os seguintes dados: data de nascimento: 18 de fevereiro de 1953, filiação: MARIA BATISTA DA SILVA, estado civil: solteiro, RG nº 1174082 SSP-CE, CPF nº 491.005.993-87, sendo declarante MARIA CLÁUDIA DA SILVA.

A partir dos depoimentos testemunhais, verifica-se que, em 12 de junho de 2012, houve, de fato, o falecimento de um indivíduo com os dados acima, exceto o CPF, que, na verdade, pertence ao autor da demanda, o qual possui a mesma data de nascimento e a mesma filiação, conforme documento de fl. 12.

Ocorre que a inclusão do número de CPF equivocado na certidão de óbito mencionada ocasionou diversos transtornos ao autor, pois, em decorrência desse fato, a concessão do seu benefício previdenciário foi

postergada, além de ter cancelado o seu registro eleitoral, haja vista que os órgãos públicos receberam a informação do óbito do titular do CPF nº 491.005.993-87, o que não era verídico.

Nesse contexto, há de se ressaltar que os notários e oficiais de registro, que lucram com o serviço prestado, têm o dever de adotar as cautelas necessárias para garantir a correção dos dados a serem registrados, devendo analisar detidamente os documentos apresentados.

No caso concreto, vislumbrando a possibilidade de existência de homônimos, não se mostra cautelosa a conduta do tabelião ao inserir na certidão de óbito do falecido JOSÉ BATISTA DA SILVA um número de CPF apenas com base no comprovante de situação de cadastral (fl. 42), que informa tão somente o nome do titular.

Ademais, conforme já explicitado, a responsabilidade civil dos delegatários é objetiva, dispensando a existência de culpa ou dolo.

A reparação por danos morais está prevista na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XI, que dispõe:

> "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 seguintes termos: (...)
> XI - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

O dano moral, portanto, pode ser compreendido como a lesão ocasionada no âmbito psicológico do indivíduo, que não se configura com o mero dissabor, mas com a violação a direitos fundamentais do ofendido, capaz de abalar o equilíbrio mental deste. Por isso, não é qualquer tipo de contrariedade ou aborrecimento que gera o dano moral indenizável.

Nesse contexto, estão presentes todas as condições necessárias para responsabilização da demandada. Vejamos:

a) o ato ilícito, consistente na lavratura de certidão de óbito com a indicação equivocada do CPF do demandante, que estava vivo;

b) o dano moral *in re ipsa*, referente ao abalo psicológico do requerente ao ter que provar perante diversos órgãos públicos que não havia falecido, além do prejuízo aos atos da vida civil em geral, como o seu direito fundamental ao voto, em razão do cancelamento do seu título eleitoral (fl. 66);

c) o nexo de causalidade, pois, inexistindo o ato ilícito do demandado, não haveria o dano.

Em relação ao montante indenizatório, conquanto não se possa evitar, afastar, substituir, ou quantificar o desgaste subjetivo à personalidade da vítima em valores monetários, certo é que o dinheiro representa efetivamente uma compensação. De fato, a indenização moral objetiva levar ao prejudicado um bem da vida, que lhe restitua parcialmente a sensação de justiça e, ainda, represente uma utilidade concreta.

Ao lado da compensação, cabe ponderar sobre o caráter punitivo da reparação de danos morais. A punição deve ser entendida, obviamente, não no sentido penal, mas no sentido funcional, à guisa de exemplo para a continuidade da atividade empreendida pelo réu, prevenindo que a prática lesiva se repita com relação a outras pessoas.

Se, por um lado, o valor da indenização não deve ser capaz de levar a vítima ao enriquecimento sem causa, também não pode ser ínfimo ou insignificante para o ofensor.

Nessa toada, a quantia de R$ 7.000,00 (sete mil reais) é razoável e adequada às especificidades da lide, além de encontrar-se em consonância com os valores arbitrados pelos Tribunais pátrios em casos semelhantes.

Na mesma toada:

> Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. OFICIAL DE REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS. ERRO NO FORNECIMENTO DE DOCUMENTAÇÃO QUE GEROU UMA SÉRIE DE CONSEQÜÊNCIAS, COM REGISTROS EQUIVOCADOS EM NOME DA AUTORA, DE INTERDIÇÃO E ÓBITO. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS *IN RE IPSA*. DEVER DE REPARAR CONFIGURADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO.

A responsabilidade civil dos notários e oficiais de registro é objetiva, ou seja, independe de culpa, bastando que fique comprovada a ocorrência do fato, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. Inteligência do art. 22 da Lei nº 8.935/94, vigente ao tempo do fato. Hipótese em que o Registro Civil de Montenegro forneceu ao Hospital Psiquiátrico São Pedro certidão de nascimento da autora EDI MARIA KLEIN, quando o solicitado foi o envio da certidão de nascimento de EDI MARIA KLAIN. Em razão deste ato equivocado, iniciou-se uma sucessão de outros erros que causaram a anotação de interdição e posterior óbito na documentação da autora. Além disso, a inscrição eleitoral da demandante foi cancelada, ficando a autora impedida de exercer seu direito de votar. Para consertar a série de equívocos, teve a demandante que ajuizar ações junto à Justiça Eleitoral para regularizar sua inscrição, e à... Vara de Registros Públicos para cancelar o registro de óbito e interdição em seu nome**. É devida a indenização por danos morais*, in re ipsa*, sendo presumível o constrangimento, o transtorno e as dificuldades enfrentadas pela parte autora, decorrentes do registro indevido de interdição e óbito em seu nome, além da impossibilidade do exercício do direito de voto, questões intimamente ligadas à personalidade e à dignidade da demandante. *Quantum* indenizatório mantido (R$ 10.000,00),** afigurando-se justo e razoável, considerando as características compensatória, pedagógica e punitiva da indenização. RECURSOS DESPROVIDOS. (TJ-RS, Apelação Cível Nº 70075171686, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Data de publicação: 05/07/2018) GN.

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGISTRO CIVIL. **ERRO EM ASSENTO DE ÓBITO.**
Inclusão de CPF em assento de óbito. Insurgência contra sentença de improcedência. Reforma parcial. Responsabilidade civil objetiva dos notários e oficiais de registro. Artigos 37 , § 6º da CF e 22 da Lei 8.935 /94. Danos materiais não demonstrados. **Danos morais, por sua vez, presumidos**. Condenação determinada. Recurso

parcialmente provido. (TJ-SP, 1033005-29.2014.8.26.0576, Data de publicação: 02/02/2017, Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado, Relator: Carlos Alberto de Salles) GN.

Diante das razões acima delineadas, hei por bem conhecer para dar provimento ao recurso, reformando a sentença atacada apenas para condenar a parte demandada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais), acrescido de correção monetária pelo INPC a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ) e juros de mora de 1% ao mês desde a data do evento danoso (Súmula 54 do STJ).

É como voto.

PROCESSO: 0032376-56.2015.8.06.0071 - APELAÇÃO
APELANTE/APELADO: JANDERCLEISON PINHEIRO JUCA E ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA JUIZ DE DIREITO. PROVA DE SENTENÇA CÍVEL. REPROVAÇÃO. MAJORAÇÃO DE NOTA NA VIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. SUBJETIVISMO DO EXAME. RECURSOS CONHECIDOS. APELO DO AUTOR DESPROVIDO E APELO DO RÉU PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. IMPROCEDÊNCIA DO FEITO.

1. Cuidam-se de Recursos de Apelação Cível interpostos pelas partes litigantes, com vistas a reformar a sentença a quoque entendeu pela parcial procedência da Ação Ordinária, anulando o julgamento do recurso administrativo apresentado pelo promovente contra o resultado da prova de sentença cível no Concurso Público para provimento dos cargos de Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará deflagrado pelo Edital nº 01/2012, oportunidade em que determinou à Comissão do Concurso que proceda nova análise do recurso apresentado pelo candidato, mediante decisão especificamente fundamentada, sanando-se a deficiência de fundamentação.

2. Em suas razões, alega o promovente, em resumo, a necessidade de reforma da sentença apelada para que lhe seja atribuída a nota mínima necessária

para aprovação do candidato na prova de sentença cível (6,0) pontos. Por seu turno, o Estado do Ceará refere-se à impossibilidade de o Poder Judiciário imiscuir-se na seara administrativa a fim de proceder nova correção da prova de sentença do candidato.

3. A discussão cinge-se em analisar se existente alguma ilegalidade na apreciação do Recurso Administrativo apresentado pelo autor por ocasião de sua reprovação na prova de sentença cível, 2ª fase do concurso para provimento de cargos de Juiz Substituto. A pretensão do recorrido refoge à esfera de sindicabilidade do Judiciário, porquanto é vedado a esse o exame dos critérios de formulação e correção das questões da prova aplicada pela banca examinadora do concurso público, uma vez que integram o mérito do ato administrativo. Precedentes.

4. Recursos de Apelação Cível conhecidos, para negar provimento ao apelo apresentado pelo autor e dar provimento ao apelo do Estado do Ceará, reformando em sua totalidade a sentença de primeiro grau, para julgar improcedente o pleito autoral. Inverta-se o ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara de Direito Público do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e à unanimidade, em conhecer os Recursos de Apelação para negar provimento ao apelo do autor e dar provimento ao apelo do Estado do Ceará, reformando em sua totalidade a sentença de primeiro grau, para julgar improcedente o pleito autoral, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 14 de maio de 2018

RELATÓRIO

Cuidam-se de Recursos de Apelação interpostos com a finalidade de reformar a sentença de mérito proferida pelo magistrado atuante na 2ª Vara Cível da Comarca do Crato que, em sede de Ação Ordinária interposta por Jandercleison Pinheiro Jucá em face do Estado do Ceará.

Em seu pleito inicial, o promovente alega, em resumo, ter participado do concurso público para provimento de vagas do cargo de Juiz Substituto do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (Edital nº 01/2014), logrando êxito na primeira fase, mas sendo reprovado na segunda fase, em específico, na prova de sentença cível. Afirma ter sido a ele atribuída a nota 5,0 na referida prova, quando a nota mínima exigida era 6,0. Relata que tão logo teve notícias de sua desclassificação, ingressou com recurso administrativo, nos termos previstos no edital. Contudo, entende eivada de ilegalidade a conduta desempenhada pela banca examinadora do recurso, tendo em vista que não apreciou de maneira clara e específica cada um dos pontos referidos na irresignação por ele apresentada. Em seu pleito, requer seja mantida a sua condição de candidato, dando-lhe o direito de participar das demais fases do certame; ainda, requer a anulação do julgamento do recurso administrativo, determinando à Comissão do Concurso que proceda a nova análise do recurso.

Deferida a tutela antecipada, consoante decisão de fls. 87/90, oportunidade em que o magistrado de piso determinando "*que o requerente seja mantido no certame até julgamento final da presente demanda, momento em que será verificada a correção ou não da nota atribuída em sua sentença cível, sendo-lhe permitida a realização da inscrição definitiva, após reabertura de prazo e a realização da prova oral*".

Em sua defesa, fls. 114/135, refere-se o Estado do Ceará ao fato de inexistir qualquer ilegalidade na conduta desempenhada pela banca examinadora do concurso que fundamente a intervenção do Poder Judiciário na decisão administrativa tomada e que eliminou do certame o autor.

Réplica às fls. 169/185.

Em apreciação ao pleito autoral, fls. 192/196, o juízo de primeiro grau entendeu pela parcial procedência, oportunidade em que anulou "*o julgamento do recurso administrativo que confirmou a decisão de reprovação do promovente JANDERCLEISON PINHEIRO JUCÁ na prova de sentença cível no Concurso Público para provimento dos cargos de Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará deflagrado pelo Edital nº 01/2012, forte no teor da Súmula 684 do STF, e, via de consequência, determinar à Comissão do Concurso que proceda nova análise do recurso apresentado pelo candidato, mediante decisão especificamente fundamentada, sanando-se a deficiência de fundamentação supra indicada, bem como aplicando a isonomia quanto aos itens pontuados para outros candidatos e considerando as questões exigidas no enunciado e não valoradas no espelho de correção*".

Inconformados, foram apresentados Recursos de Apelação, pelo autor (fls. 205/227), pelo Estado do Ceará (fls. 253/264) e, um outro por terceiros interessados na causa (fls. 282/295), mas que sequer foi processado.

Em seu arrazoado, alega o autor, em resumo, que os documento juntados aos autos efetivamente dão conta da ilegalidade perpetrada por ocasião do julgamento do recurso administrativo. Requer, ao final, a reforma da sentença apelada para que lhe seja atribuída a nota mínima necessária para aprovação do candidato na prova de sentença cível (6,0) pontos.

Por seu turno, alega o Estado do Ceará em suas razões de apelo a impossibilidade de o Poder Judiciário imiscuir-se na seara administrativa a fim de proceder nova correção da prova de sentença do candidato. Refere-se, ainda, inexistir qualquer fundamentação para a anulação do *decisum*administrativo, posto que devidamente fundamentado, segundo a prova colacionada aos autos.

Contrarrazões apresentadas apenas pelo autor, fls. 318/337, e pelo Estado do Ceará, fls. 345/353.

O feito foi então distribuído neste Eg. Tribunal de Justiça para apreciação dos Recursos de Apelação, oportunidade em que este Relator abriu vistas ao representante do *Parquet*que, às fls. 365/381, manifestou-se pelo conhecimento de todas as irresignações, mas para dar provimento apenas ao apelo do Estado do Ceará, julgando improcedente o pleito autoral.

Eis o relatório. Decido.

VOTO

Rito regular, não se constatando, em seus aspectos formais, qualquer defeito capaz de gerar alguma nulidade, estando corretamente preenchidos os pressupostos processuais do feito, bem como os requisitos que ensejam o conhecimento dos Recursos de Apelação.

A questão controvertida cinge-se, em síntese, em aferir o acerto da sentença recorrida que julgou procedente o pleito autoral, determinando seja realizada nova avaliação do recurso administrativo interposto pelo autor em razão de sua reprovação na 2ª Fase do Concurso Público para provimento de vagas no cargo de Juiz Substituto do TJ/Ce, em específico, reprovado na prova de sentença cível.

Cumpre verificar se a banca examinadora apreciou de forma adequada o recurso administrativo apresentado pelo autor, tendo em vista seu argumento de que o *decisum*administrativo não analisou cada um dos pontos ventilados na sua peça de irresignação, cingindo-se a apresentar posicionamento genérico a respeito.

Assim, deve-se analisar se existente alguma ilegalidade na apreciação do Recurso Administrativo apresentado pelo autor por ocasião de sua reprovação na prova de sentença cível, 2ª fase do concurso para provimento de cargos de Juiz Substituto.

De início, já refiro-me que, no meu entender, a ilação depreendida pelo juízo singular, ***data venia***, não corresponde a melhor interpretação que o conflito em tablado reclama, devendo ser reformada em todos os seus termos.

Nessa ordem de ideias, impende destacarmos que a pretensão do recorrido refoge à esfera de sindicabilidade do Judiciário, porquanto é vedado a esse o exame dos critérios de formulação e correção das questões da prova aplicada pela banca examinadora do concurso público, uma vez que integram o mérito do ato administrativo.

Nos termos de consolidada jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o que diz respeito à formação de questões e critérios de correção nas provas de concurso público são insuscetíveis de controle

jurisdicional, porquanto ínsitos à discricionariedade administrativa, sendo de atribuição exclusiva das bancas examinadoras.

Nesse sentido, a dicção dos seguintes arestos, *in verbis*:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE TÉCNICO EM ENFERMAGEM. CANDIDATA APROVADA EM CADASTRO RESERVA. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DE QUESTÃO DO CONCURSO. VÍCIO NA CORREÇÃO DA QUESTÃO AFASTADO, PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM, À LUZ DO ACERVO FÁTICO DA CAUSA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REPERCUSSÃO GERAL E PRECEDENTES DO STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS RECURSAIS, EM SEDE DE AGRAVO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
>
> I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada em 22/05/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra *decisum*publicado na vigência do CPC/2015.
>
> II. Na origem, trata-se de demanda acerca da interpretação de questão inserida em prova objetiva de concurso público, tendo em vista que a autora não concorda com resposta apontada pela banca examinadora.
>
> III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão dos Embargos Declaratórios apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.
>
> IV. Em 23/04/2015, no julgamento do RE 632.853/CE, o Plenário do STF, apreciando o Tema 485 da Repercussão Geral, nos termos do voto do Relator, Ministro GILMAR MENDES, firmou a tese no sentido de que "não compete

ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas", reconhecendo, em caráter excepcional, a possibilidade de o Judiciário anular questões de concurso público, quando houver flagrante dissonância entre o conteúdo das questões e o programa descrito no edital do certame. **A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que, em matéria de concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, tendo presente a discricionariedade da Administração Pública na fixação dos critérios e normas reguladoras do certame, que deverão atender aos preceitos instituídos na Constituição Federal, sendo-lhe vedado substituir-se à banca examinadora, para apreciar os critérios utilizados para a elaboração e correção das provas, sob pena de indevida interferência no mérito do ato administrativo.** Com efeito, "o **Poder Judiciário não pode atuar em substituição à banca examinadora, apreciando critérios na formulação de questões, reexaminado a correção de provas ou reavaliando notas atribuídas aos candidatos"**(STJ, RMS 28.204/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/02/2009). No mesmo sentido: STJ, AgInt no RE nos EDcl no RMS 50.081/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, DJe de 21/02/2017; AgRg no RMS 37.683/MS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/10/2015. Incidência da Súmula 83/STJ.

V. As instâncias ordinárias, à luz do acervo fático da causa, firmaram entedimento no sentido de que, "na verdade, a autora pretende afastar os critérios de correção utilizados pela banca examinadora, que apontou uma das alternativas como válidas, sendo certo que sua irresignação está atrelada à interpretação da questão e a supostos defeitos no enunciado. Percebe-se, portanto, que a impugnação apresentada não se dedica a apontar potencial ilegalidade no enunciado da questão, mas a questionar os critérios de correção da banca examinadora, o que não condiz com o entendimento jurisprudencial acerca do tema, consoante precedentes transcritos". Conclusão em sentido contrário é pretensão inviável, nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

VI. No que tange ao pedido de majoração dos honorários advocatícios, à luz do contido no art. 85, § 11, do CPC/2015, destaco que, na forma da jurisprudência desta Corte, "o pedido de arbitramento/majoração da verba honorária de sucumbência no Agravo Interno, formulado pela embargante, deve ser rejeitado, em razão do entendimento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - Enfam - adotado no seminário "O Poder Judiciário e o Novo CPC", no qual se editou o enunciado 16, com o seguinte teor: "Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)". Dito de outro modo, como se trata (o Agravo Interno) de recurso que apenas prorroga, no mesmo grau de jurisdição, a discussão travada no Recurso Especial, o caso concreto não comporta a aplicação do art. 85, § 11, do CPC/2015" (STJ, EDcl no AgInt no REsp 1.578.347/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/11/2016).
VII. Agravo interno improvido. (STJ, AgInt no AREsp 988.316/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe /12/2017)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO POR AMBAS AS ALÍNEAS DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO PARA O PROVIMENTO DE CARGO DE POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. EDITAL 01/2009 - DPRF. ANULAÇÃO DE QUESTÕES OBJETIVAS 22 E 23 DA PROVA DE RACIOCÍNIO LÓGICO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE REVISÃO, PELO JUDICIÁRIO, DAS QUESTÕES OBJETIVAS 22 E 23 DO REFERIDO CONCURSO. QUESTÃO 23. IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. QUESTÃO 22. PRETENSÃO DE ACOLHIMENTO DE LAUDO TÉCNICO UNILATERAL DO PERITO DOS CANDIDATOS, QUE DIVERGE DA CONCLUSÃO DA BANCA EXAMINADORA. SUBSTITUIÇÃO DA CONCLUSÃO DA BANCA EXAMINADORA POR LAUDO TÉCNICO PARTICULAR.

IMPOSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL. RE 632.853/CE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I. Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de demanda ordinária, proposta pelos candidatos, ora recorrentes, objetivando a anulação de questões objetivas de concurso - questões 22 e 23 da prova de raciocínio lógico do concurso público para o provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital 1/2009 -, ao argumento de que, em relação à questão 22, não apresentaria ela opção correta de resposta, e, quanto à questão 23, não forneceria todas as informações necessárias à sua solução, além de que extravasaria o conteúdo programático do edital do certame. Para tanto, nas razões do presente Recurso Especial, defende-se, entre outras, a tese de que é possível, ao Poder Judiciário, quando abalizado por laudo técnico pericial, apreciar o acerto ou não da alternativa atribuída como correta, pela banca examinadora.

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão que julgou os Embargos Declaratórios apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Em relação à pretensão de anulação da questão 23 do referido concurso, diante da compreensão firmada pelas instâncias ordinárias, à luz do acervo fático da causa - no sentido de que a referida questão, ao contrário do que afirma a parte recorrente, está correta, inserta nos conhecimentos atinentes a raciocínio lógico e noções de estatística, conforme previsto no edital do certame -, concluir de forma contrária é pretensão inviável, nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ. Nesse sentido, dentre inúmeros, o seguinte precedente: STJ, AgRg no Ag 1.424.286/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/02/2017.

V. Em relação à questão 22, como esclarecem as instâncias ordinárias, no presente caso a inicial fundamenta-se em parecer técnico unilateral, contratado pelos autores - que concluiu que não há resposta correta para a questão 22 -, contrariamente à posição técnica adotada pela banca examinadora do certame, que aponta, como correta, a alternativa B da aludida questão 22.

VI. Não se desconhece que inúmeras ações judiciais foram ajuizadas pelos candidatos do referido concurso, objetivando a anulação da questão 22 do aludido certame, em razão de existirem pareceres de especialistas da área específica - tanto perito judicial, quanto auxiliar técnico da parte -, que, contrariamente ao que afirma a banca examinadora do presente concurso, ora sustentam inexistir resposta correta, dentre as alternativas apresentadas no quesito, ora asseveram existir mais de uma alternativa correta, quanto à referida questão 22 do certame em apreço.

VII. Todavia, **em matéria de concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, tendo presente a discricionariedade da Administração Pública na fixação dos critérios e normas reguladoras do certame, que deverão atender aos preceitos instituídos na Constituição Federal, sendo-lhe vedado substituir-se à banca examinadora para apreciar os critérios utilizados para a elaboração e correção das provas, sob pena de indevida interferência no mérito do ato administrativo. Ou seja, "o Poder Judiciário não pode atuar em substituição à banca examinadora, apreciando critérios na formulação de questões, reexaminado a correção de provas ou reavaliando notas atribuídas aos candidatos"**(STJ, RMS 28.204/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/02/2009). No mesmo sentido, dentre inúmeros precedentes: STJ, AgInt no RE nos EDcl no RMS 50.081/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, DJe de 21/02/2017, AgInt no RMS 49.513/BA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/10/2016, AgRg no RMS 37.683/MS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/10/2015.

VIII. **A espancar dúvidas sobre o assunto, em 23/04/2015, no julgamento do RE 632.853/CE, o Plenário do STF, apreciando o Tema 485 da Repercussão Geral, nos termos do voto do Relator, Ministro GILMAR MENDES, firmou as premissas de que o Poder Judiciário não pode interferir nos critérios de correção de prova, ressalvada a excepcional hipótese de "juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame". Concluiu o Relator, no STF, no sentido de que "não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas"**(STF, RE 632.853/CE, Rel. Ministro GILMAR MENDES, PLENO, DJe de 26/06/2015, sob o regime da repercussão geral).

IX. No caso, para o deslinde da presente controvérsia seria necessário levar em conta parecer técnico, elaborado de forma unilateral, pelo perito da parte, ou, em outras hipóteses trazidas à colação, considerar perícia judicial, em sentido contrário ao que restou decidido, pela Corte Maior, em regime de repercussão geral. A corroborar tal posição, o próprio STF, em relação à mesma questão 22 do certame ora em análise, já aplicou a compreensão firmada por aquela Corte, no RE 632.853/CE, em regime de repercussão geral, ainda que monocraticamente, no julgamento do RE 975.980/PE, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, DJe de 22/06/2016 (decisão transitada em julgado em 28/09/2016), e do AgRg no RE 904.737/RS, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, DJe de 21/09/2016 (decisão transitada em julgado em 26/11/2016).

X. Diante desse contexto, não merece prosperar a pretensão de anulação das questões 22 e 23 da prova objetiva do concurso para provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital nº 1/2009 - DPRF, porquanto, na hipótese, além de a pretensão conflitar com o entendimento do STF, firmado em regime de repercussão geral, os comandos das referidas questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis, verificáveis à primeira vista, a ensejar sua anulação. Com efeito, não há qualquer ilegalidade flagrante, tanto que, no presente caso - como em outros precedentes,

trazidos à colação -, a pretensão da inicial ampara-se em parecer técnico especializado, colhido unilateralmente pelos autores, pelo que concluiu o acórdão recorrido que "as impugnações no aspecto técnico variam conforme os respectivos especialistas no tema (...) razão porque, nos termos da sentença, prestigio o entendimento da banca examinadora" e que "os comandos das questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis verificados à primeira vista, a ensejar sua anulação".
XI. Recurso Especial improvido. (STJ, REsp 1528448/MG, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/11/2017, DJe 14/02/2018)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO. DIRIGENTE ESCOLAR. REVISÃO DE NOTA. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO. DIVULGAÇÃO *A POSTERIORI* DOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO. POSSIBILIDADE. OBSERVAÇÃO DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.
1. **A decisão agravada não merece reparos, pois, espelha, com fidelidade, o entendimento jurisprudencial desta Corte, no sentido de que "o critério de correção de prova de concurso público não é de apreciação do Poder Judiciário, por representar tal ato incursão no mérito administrativo"**(AgRg no Ag 1.384.568/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, DJe 05/09/2011).
2. **O objetivo dos certames públicos de provas ou provas e títulos, previstos nos incisos I a IV do art. 37 da Constituição Federal para ingresso no serviço público, é assegurar a observância do princípio constitucional da isonomia, razão pela qual a divulgação, ainda que *a posteriori,* dos critérios de correção das provas dissertativas não viola, só por si, o princípio da igualdade, desde que os mesmos parâmetros sejam uniforme e indistintamente aplicados a todos os candidatos.**

> 3. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AgInt no RMS 51.969/MS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 22/08/2017)

Ainda, trago precedente deste Eg. Tribunal de Justiça, inclusive em caso no qual discutia-se exatamente o direito de alguns candidatos ao mesmo concurso público prestado pelo autor de permanecerem no certame:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES CÍVEIS. CONCURSO PÚBLICO PARA JUIZ. INABILITAÇÃO NA PROVA DE SENTENÇA. VALORAÇÃO DE RESPOSTA E MAJORAÇÃO DE NOTA, NA VIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CRITÉRIOS DA BANCA EXAMINADORA. DIVULGAÇÃO DO ESPELHO DE PROVA. PERMANÊNCIA DO SUBJETIVISMO DO EXAME. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SENTENÇA REFORMADA.
> 1. Divulgar o espelho não possui o condão de retirar o subjetivismo da prova de sentença, isto é, não transforma a prova escrita em exame objetivo. Seguir a abordagem esperada, por si só, não enseja conseguir pontuação máxima ou suficiente para habilitação. Até porque é um teste em que se avalia o conhecimento jurídico individual, a capacidade de raciocínio, organização das ideias, coerência do texto, aprofundamento do tema e adequação dos fundamentos, aspectos estes que irão influenciar na nota.
> 2. A providência adotada pelo magistrado de primeiro grau ensejou a majoração de pontos após reavaliação do conteúdo da peça jurídica e dos critérios adotados pela banca para corrigir a prova redigida pelo candidato.
> 3. Como regra, n**ão é permitido ao Poder Judiciário substituir a comissão examinadora na correção de provas de caráter eminentemente subjetivo, muito menos valorar as respostas e redefinir notas, notadamente quando não se vislumbra ilegalidade flagrante, já que em nenhum dos**

> **quesitos foi atribuído zero ponto, ou seja, a banca não desconsiderou totalmente a resposta.**Apesar de acertar o tema proposto, o postulante não conseguiu desenvolver o texto com a qualidade exigida para sua habilitação, sendo certo que o recurso administrativo direcionado à comissão restou fundamentadamente indeferido. Fartos e atuais precedentes do STF, STJ e TJCE.
> 4. **A intervenção do Judiciário em concursos públicos deve ser mínima e, como não identificada excepcionalidade, não há como acolher a pretensão autoral. Aliás, se a sentença fosse confirmada estar-se-ia substituindo a subjetividade do examinador pelo ponto de vista do próprio candidato avaliado, ou mesmo pela corrente adotada pelo doutrinador que subscreveu o parecer apresentado pelo demandante.**
> 5. Eventual atribuição de pontos adicionais, neste caso específico, além de macular a separação dos poderes, configuraria nítida afronta ao princípio da isonomia, prejudicando os demais concorrentes que se submeteram às mesmas regras.
> 6.Reexame e apelos conhecidos e providos. Sentença reformada e pedido inicial julgado improcedente. (TJ/Ce, Relator (a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do julgamento: 13/02/2017; Data de registro: 13/02/2017)

Consoante se vê, adentrar no mérito do ato administrativo de apreciação da resposta apresentada pelo candidato, além de ser ato ilegal, é ato que afeta o tratamento isonômico dispensado aos outros candidatos visto que, se assim fosse, dar-se-ia ensejo utilizado critério diferenciado para atribuição de nota aos apelantes.

No caso em espeque, os documentos colacionados nos autos demonstram que a Banca Examinadora fixou regra geral, uniforme e imparcial, dirigida a todos os concorrentes, conforme determinado no regulamento do concurso. É cediço, também, que a inscrição do candidato implica no conhecimento e na tácita aceitação das regras e condições estabelecidas no Edital, ou seja, todos os candidatos tinham ciência acerca dos critérios de correção a serem aplicados.

Em arremate, resta-nos concluir que compete ao Poder Judiciário somente a verificação dos quesitos relativos à legalidade do edital e ao cumprimento de suas normas pela comissão responsável para realização do certame. É defeso manifestar-se sobre o critério de atribuição de pontos, inerentes à atividade da Administração, de competência exclusiva da Banca Examinadora.

A pretensão de analisar-se profundamente os critérios para a formulação de questões é intento que transpassa a competência do Poder Judiciário, repita-se, limitado ao exame da legalidade dos atos praticados na realização do concurso, vedada a apreciação do acerto ou desacerto quanto aos critérios de avaliação das respostas.

Destaque-se, outrossim, que o pleito formulado pelo autor em seu Recurso de Apelação é para que seja aplicada a nota mínima ao candidato, independente de nova apreciação, o que, sem sombra de duvidas, fere o princípio da isonomia.

Ainda, consoante decisão proferida pelo magistrado de piso, caberia a comissão do concurso efetuar nova avaliação do Recurso Administrativo apresentado pelo candidato/autor, o que se mostra impossível de ocorrer, tendo em vista a extinção da referida comissão, o que poderia, mais uma vez, gerar aspectos de violação ao princípio da isonomia, pois o recurso seria apreciado por outra comissão, com outra visão e outros critérios subjetivos.

Outrossim, cumpre destacar que a comissão do concurso apresentou de forma satisfatória os motivos que a levaram a reprovar o candidato, em especial quando instado a reportar-se a respeito do Recurso Administrativo interposto pelo autor, fls. 72/73, oportunidade em que a Banca Examinadora apresenta quais os requisitos necessários a obtenção da pontuação em cada um dos itens.

ISSO POSTO, com arrimo nos fundamentos acima expendidos, e em consonância com a jurisprudência invocada, conheço os Recursos de Apelação Cível, mas para negar provimento ao apelo apresentado pelo autor, **dar provimento ao apelo do Estado do Ceará e reformar em sua totalidade a sentença de primeiro grau, para julgar improcedente o pleito autoral**.

Na ocasião, inverto o ônus sucumbencial, condenando o autor no pagamento dos honorários advocatícios fixados pelo magistrado de planície.

É como voto.

Fortaleza/Ce, 14 de maio de 2018.

PROCESSO Nº 0040161-90.2015.8.06.0064 APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE:BANCO ITAUCARD S/A
APELADO: THAYANE CARVALHO FREITAS ALBUQUERQUE
RELATOR: DES. TEODORO SILVA SANTOS

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CARTÃO DE CRÉDITO. COBRANÇA INDEVIDA. COBRANÇA VEXATÓRIA. PRÁTICA ABUSIVA. DISTINÇÃO DOS PRECEDENTES DO STJ. DANO MORAL CARACTERIZADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. MÉTODO BIFÁSICO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Trata-se de Apelação Cível interposta em face de sentença que condenou a empresa promovida ao pagamento de indenização por danos morais e declarou ser indevida a cobrança de fatura de cartão de crédito no montante de R$682.706,00 (seiscentos e oitenta e dois mil, setecentos e seis reais).

2. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, caput, estabelece a responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviço pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. No caso, a instituição promovida não se desincumbiu de comprovar a legalidade da cobrança citada. Tese recursal rejeitada.

3. Embora o Superior Tribunal de Justiça possua precedentes em que não se reconheça a ocorrência de dano moral em face de cobrança indevida, no presente caso, faz-se a distinção da tese aplicada

no Recurso Especial 1660377/RS - STJ, tendo em vista o montante da cobrança (indevida), bem como a cobrança reiterada e vexatória a qual a consumidora foi submetida, tendo comprovado o recebimento de cobranças insistentes, reiteradas e ameaçadoras durante os dias 13/02/2015, 19/02/2015, 21/02/2015, 24/02/2015, 28/02/2015, 05/03/2015 e 06/03/2015, conforme faz prova nos autos (fl.17, e-SAJ).

4. Além da nítida falha na prestação dos serviços, ante a cobrança indevida, trata-se de cobrança vexatória com caráter ameaçador, o que é terminantemente vedado pelo Código de Defesa do Consumidor. Incidência do disposto nos artigos 14 e 42 do CDC. Responsabilidade civil configurada.

5. No cotejo das circunstâncias de fato que envolveram o acontecimento e a repercussão na esfera do direito das partes, com base nos precedentes citados, tem-se que a importância equivalente a R$10.000,00 (dez mil reais) é adequada a compensar o dano moral experimentado, a qual se fixa neste momento. Incidência de juros de mora de 1% ao mês (artigo 407 do CC/2002) e correção monetária pelo INPC (Súmula nº 362/STJ) a partir do arbitramento (responsabilidade civil contratual[1]).

6. Ante a omissão da sentença fixa-se honorários advocatícios sucumbenciais em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, distribuídos nos termos adotados pela sentença (divisão pela metade).

7. Por fim, pelo provimento do recurso apelatório

1 Aplicação confome precedente: STJ - REsp 903.258/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 17/11/2011.

> fixa-se honorários sucumbenciais recursais, a ser suportado pela parte promovente/recorrida, ora sucumbente, os quais passam de 10% (dez por cento) para 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, §11 do Código de Processo Civil de 2015. Referida obrigação fica suspensa, em face do benefício da gratuidade judiciária, a teor do artigo 98, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, suspendendo esta condenação por cinco anos, na forma dos §§ 2º e 3º do mesmo artigo.
> 8. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 14 de março de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por BANCO ITAUCARD S/A. (fls.172/177, e-SAJ), em face de sentença prolatada pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Caucaia/CE (fls.146/156; 169, e-SAJ) que, nos autos da Ação Indenizatória proposta por THAYANE CARVALHO FREITAS ALBUQUERQUE, julgou parcialmente procedente a demanda, nos termos a seguir reduzidos:

> [...] Diante do que foi exposto acima, e à luz de tudo o mais que consta nos autos e demais princípios e regras pertinentes à espécie, julgo parcialmente procedente o pedido contido na exordial com fulcro no artigo 487, inciso I do CPC, através do qual condeno a parte promovida a pagar a título de danos

> morais a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) devendo ser acrescida de juros de mora de 1% a.m, contados desde a citação em virtude da responsabilização civil contratual e atualização monetária pelo INPC-IBGE, a partir da data da sentença. Custas na forma do artigo 86 em virtude da sucumbência recíproca. […]

O apelante interpôs Embargos de Declaração (fls. 160/162, e-SAJ), alegando estar a sentença eivada de omissão quanto à base de calculo dos honorários, ao passo que tal omissão fora reconhecida pelo juízo *a quo,*que integrou-a, a fim de declarar que o cálculo dos honorários deve ser feito com base no valor da condenação.

Irresignada com o *decisum*, a parte requerida, ora apelante, interpôs o presente recurso, requerendo a reforma da sentença alegando que a cobrança é oriunda da inadimplência da apelada e que o mero equívoco no valor apontado não gera dano moral, bem como, o termo inicial para a incidência de juros deve ser a partir da data da sentença e não desde a citação. Por fim, pugna pelo total provimento do recurso.

Devidamente intimada, a parte requerente, ora apelada, apresentou contrarrazões alegando que sofreu cobrança indevida e portanto merece indenização; quanto ao valor da condenação, considera que deveria ser majorado para 10% do valor indevidamente cobrado. Desse modo, requer a reforma da sentença, a fim de que seja aumentado o montante da indenização para o valor de R$ 68.270,60 (sessenta e oito mil duzentos e setenta reais e sessenta centavos).

É o relatório. Passa-se à decisão.

VOTO.

Do Juízo de Admissibilidade:

Da tempestividade (art. 1.003, §5º do CPC/2015): A decisão recorrida foi disponibilizada no Diário de Justiça eletrônico em 19/07/2017. O recurso foi interposto em 07/08/2017, sendo, portanto, tempestivo.

Do preparo: a parte apelante recolheu o preparo recursal.

Da regularidade formal da peça apelatória (art. 1.010 do CPC/2015): presentes os requisitos legais.

Diante disso, conheço do recurso de Apelação Cível, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade.

Da Análise Meritória:

Trata-se de demanda indenizatória, na qual a parte promovente, ora apelada, pleiteia indenização em face da empresa promovida, em decorrência de cobrança, supostamente, exorbitante do valor devido.

O juízo *a quo*julgou parcialmente procedente à Ação de Indenização, motivo pelo qual fora interposto o presente recurso buscando-se obter a reforma da sentença, sob a alegação de que a cobrança é oriunda da inadimplência da apelada, não passível de indenização.

A tese recursal é genérica, e sustenta que inexistiu falha na prestação dos serviços, de modo que a dívida que gerou a cobrança à consumidora teria sido originada por sua inadimplência. Ademais, pleiteia a redução do valor indenizatório, sem contudo indicar a divergência jurisprudencial.

A parte autora utiliza-se dos serviços da requerida como destinatário final, qualificando-se, portanto, consumidor (art. 2º, do CDC); a empresa requerida, por seu turno, presta serviço (instituição financeira), na qualidade de fornecedora (art. 3º, do CDC); com arrimo nessas duas premissas, conclui-se pela incidência ao caso das regras e princípios inerentes à relação de consumo, sobretudo dos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º, do CDC.

A prova documental produzida pela parte o autor mostra-se consentânea com os fatos alegados, pois a fatura do cartão de crédito possuía o montante de R$4.563,17 (quatro mil, quinhentos e sessenta e três reais e dezessete centavos) com vencimento em 14/08/2014 (fl.14, e-SAJ). A fatura subsequente com vencimento em 14/09/2014, era no montante de R$4.974,05 (quatro mil, novecentos e setenta e quatro reais e cinco centavos). Ocorre

que a fatura com vencimento em 14/10/2014 tinha o valor de R$682.706,00 (seiscentos e oitenta e dois mil, setecentos e seis reais).

Ante as informações contidas nos autos, houve a inadimplência da parte promovente (consumerista), contudo a cobrança do mês de outubro de 2014 se deu por erro grosseiro (falha na prestação do serviço), não tendo a parte promovida comprovado que os gastos da consumidora atingiram o montante de R$682.706,00 (seiscentos e oitenta e dois mil, setecentos e seis reais). Tem-se, com isso, a clara inconsistência da cobrança, o que demonstra a abusividade na prática realizada pela empresa promovida.

Embora o Superior Tribunal de Justiça possua precedentes em que não se reconheça a ocorrência de dano moral em face de cobrança indevida, no presente caso, faz-se a distinção da tese aplicada no Recurso Especial 1660377/RS - STJ, tendo em vista o montante da cobrança, bem como a cobrança reiterada e vexatória a qual a consumidora foi submetida, tendo comprovado o recebimento de cobranças insistentes e reiteradas durante os dias 13/02/2015, 19/02/2015, 21/02/2015, 24/02/2015, 28/02/2015, 05/03/2015 e 06/03/2015, conforme faz prova nos autos (fl.17, e-SAJ). Segue precedente em caso análogo:

> PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL - CARTÃO DE CRÉDITO - QUESTÕES FEDERAIS NÃO DEBATIDAS NO V. ACÓRDÃO RECORRIDO - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 356/STF - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - NÃO CONFIGURAÇÃO - DESPROVIMENTO.
> 1 - Não enseja interposição de Recurso Especial matéria que não foi ventilada no julgado atacado (arts. 47 e 54, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor) e sobre a qual a parte não opôs os embargos declaratórios competentes. Aplicação da Súmula 356/STF. Precedentes (AGA 590521/RS e AgRg REsp 471.517/RS). **2 - O dano moral, nas lições de AGUIAR DIAS, são "as dores físicas ou morais que o homem experimenta em face da lesão" ("*in* Da Responsabilidade Civil", vol. II, p. 780). Noutras palavras, podemos afirmar que o dano moral caracteriza-se pela lesão ou angústia que vulnere interesse próprio, v.g., agressões infamantes**

> **ou humilhantes, discriminações atentatórias, divulgação indevida de fato íntimo, COBRANÇA VEXATÓRIA e outras tantas manifestações inconvenientes passíveis de ocorrer no convívio social.**3 - No caso concreto, depreende-se que a recusa na aprovação do crédito tratou-se, tão-somente, de uma questão operacional, porquanto a quitação do débito fora realizado pelo recorrente há apenas dois dias, sendo necessário ao banco um prazo razoável para processar e compensar o referido pagamento e, assim, liberar o crédito. Em assim sendo, é legítima a negativa da administradora de cartão de crédito, por não haver notícia do pagamento. Destarte, inexiste violação do v. aresto recorrido ao art. 14, do Código de Defesa do Consumidor. 4 - Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 533.787/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 02/12/2004, DJ 28/02/2005, p. 326) (destaquei)

Da mesma sorte, a empresa promovida indica como tese impeditiva do direito autoral a existência de cobrança lícita e devida, em decorrência da inadimplência da consumidora, sem contudo comprovar a legalidade da cobrança no montante de R$682.706,00 (seiscentos e oitenta e dois mil, setecentos e seis reais).

Pela inexistência de provas da tese recursal, bem como pela inexistência de provas nos autos que desconstituam o direito autoral, pela aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade (decorrência do devido processo legal), há de se manter a fundamentação adotada pela sentença *a quo*, tendo em vista que não é crível que tenha ocorrido referido consumo exorbitante, com a consequente ilegalidade da cobrança discutida nos autos.

A *contrario sensu* ao precedente citado a seguir, destaca-se a hipótese em que ocorrendo a cobrança indevida vexatória, comporta a aplicação de indenização por dano moral em decorrência do ilícito. Segue:

> Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COBRANÇA INDEVIDA E VEXATÓRIA DE DÉBITO POR PARTE DA OPERADORA DO CARTÃO. INEXISTÊNCIA DE LESÃO MORAL.

> TESE RECURSAL SEM LASTRO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 373, INCISO I DO CPC/2015. RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
>
> 1. Rejeita-se a tese recursal de ocorrência de responsabilidade civil pelo suposto ilícito relativo à cobrança indevida e vexatória de débito em nome da parte promovente, que teria lhe gerado lesão da ordem extrapatrimonial, tese que não se sustenta pela ausência de comprovação dos danos morais alegados. Não há nos autos comprovação de inclusão do nome do autor nos cadastros restritivos de crédito, ou sequer a cobrança vexatória de débito alegado na demanda, situação que enseja a rejeição da tese recursal. Responsabilidade civil não configurada. 2. Nos termos do artigo 373, inciso I do Código de Processo Civil de 2015, incumbe ao autor provar fato constitutivo do seu direito, o que não ocorreu no caso em liça. Não há como ser acolhida a tese recursal, pois sequer houve comprovação do ato ilícito, bem como dos danos morais alegados pela parte. Precedentes. 3. Pela rejeição da tese apelatória, fixo honorários sucumbenciais recursais, em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, a ser suportado pela parte promovente, sucumbente, nos termos do artigo 85, §11 do CPC/2015 c/c Enunciado 243 aprovado no VII Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC. 4. Apelação Cível conhecida e não provida. Sentença mantida. (TJCE - 0216883-42.2013.8.06.0001 - Apelação - Relator(a): MARIA DO LIVRAMENTO ALVES MAGALHAES-PORT 606/2017 - Comarca: Fortaleza - Órgão julgador: 2ª Câmara Direito Privado - Data do julgamento: 03/05/2017 - Data de publicação: 03/05/2017)

Além da nítida falha na prestação dos serviços, ante a cobrança indevida, trata-se de cobrança vexatória com caráter ameaçador, o que é terminantemente vedado pelo Código de Defesa do Consumidor. Segue transcrição dos dispositivos legais respectivos:

> 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.
> [...]
> Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Dessa forma, a requerida responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, em razão de defeito(s) na cobrança de valor inexistente, fato, aliás, alusivo ao próprio risco da sua atividade, no que concerne, dentre outras, à segurança dos sistemas que utiliza.

A dialética jurídica demonstrada na presente demanda acarreta a incidência do disposto no artigo 373, do Código de Processo Civil de 2015.

No presente caso, verifica-se que houve comprovação da tese autoral, com a juntada das provas necessárias à sua comprovação, o que possibilita a procedência dos pedidos contidos na petição inicial (ainda que de forma parcial). Referida situação contida nos autos atrai, pois, a incidência dos preceitos contidos no artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015. *Verbis*:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
> [...]
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor; […]

De acordo com o sistema processual brasileiro, cada parte tem a faculdade de produzir prova favorável às suas alegações, mas da forma como é apresentado o dispositivo sobredito, as regras devem ser objetivas e fixas.

Não tendo a parte promovida, ora apelante, comprovado fato impeditivo ou extintivo do direito do autor, sua responsabilização é medida que se impõe.

Cabia à parte apelante fazer prova do que alegou, por se tratar de fato desconstitutivo do direito autoral, nos termos do art. 333, II, do CPC/1973 (correspondente ao art. 373, inciso II do CPC/2015). Sobre o ônus da prova, colhe-se ensinamento doutrinário de Ernane Fidélis dos Santos, *in litteris*:

> "A regra geral é a de que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito (art. 333, I), e, ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II). Fatos constitutivos são os que revelam ou constituem o direito do autor, cujo reconhecimento com as respectivas consequências é materializado no pedido [...]. Fato extintivo é aquele que tem força de fazer extinguir o direito que decorre de qualquer relação jurídica e ao qual correspondia obrigação do réu [...]. Fato impeditivo é circunstância não elementar do fato constitutivo, mas que lhe obstacula os efeitos [...] Fato modificativo altera as condições iniciais do gozo do direito pretendido [...]. A ideia de constitutividade, impedimento, modificação ou extinção do direito mantém-se com a mesma característica e, dependendo do fato sobre que vai atuar a prova, pode, no processo, não coincidir com a posição da parte que dela tem o ônus [...]. A regra que impera mesmo em processo é a de que quem alega o fato deve prová-lo [...]." (SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 443/444).

Cabe trazer à baila entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça que possui jurisprudência no mesmo sentido do entendimento ora demonstrado:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PRESCRIÇÃO. DATA EM QUE OS VALORES FORAM DEVOLVIDOS AO ASSOCIADO. **ÔNUS DA RÉ.**
> **1. Compete ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, II, do CPC).** Assim não fazendo, suporta as consequências de sua inércia. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1045916/PR, STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 03/03/2009, publicado no Dje 16/03/2009)

Tendo em vista que a tese recursal não apresentou provas, dissídio jurisprudencial, nem apresentou precedentes a demonstrar a divergência, incabível a modificação da decisão recorrida.

No tocante ao montante indenizatório a jurisprudência oscila, e ante as variadas decisões existentes acerca da matéria, tem-se que a fixação realizada pelo juízo *a quo* se encontra em valor exorbitante, meio pelo qual passa-se a fixar novo montante.

Adotando-se o método bifásico de fixação de indenização por dano moral, conforme utilizado pela jurisprudência do STJ, a sistemática analisa inicialmente um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes que apreciaram casos semelhantes. Em segunda fase, o juízo competente analisa as circunstâncias do caso para fixação definitiva do valor da indenização.

O método bifásico parece ser o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que minimiza eventual arbitrariedade de critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano. Desse modo cite-se os precedentes (em casos análogos em que se fixou indenização por falha na prestação de serviços – direito consumerista) a seguir que orientaram a presente fixação:

> (TJCE - 0503010-67.2011.8.06.0001 – Apelação - Relator(a): TEODORO SILVA SANTOS - Comarca: Fortaleza - Órgão julgador: 2ª Câmara Direito Privado - Data do julgamento: 11/10/2017 - Data de publicação: 11/10/2017 – **Indenização por dano moral: R$ 10.000,00 (dez mil reais).**
> (TJCE - 0774235-52.2000.8.06.0001 – Apelação - Relator(a): CARLOS ALBERTO MENDES FORTE - Comarca: Fortaleza - Órgão julgador: 2ª Câmara Direito Privado - Data do julgamento: 22/02/2017 - Data de registro: 22/02/2017 – **Indenização por dano moral: R$ 10.000,00 (dez mil reais).**
> (TJCE - 0009207-97.2014.8.06.0128 – Apelação - Relator(a): TEODORO SILVA SANTOS - Comarca: Morada Nova - Órgão julgador: 2ª Câmara Direito Privado - Data do julgamento: 22/02/2017 - Data de registro: 22/02/2017 – **Indenização por dano moral: R$ 7.000,00 (sete mil reais).**

Na primeira fase da fixação adota-se o parâmetro básico, e pelas circunstancias do caso concreto, fixa-se a indenização final.

Dito isso, e no cotejo das circunstâncias de fato que envolveram o acontecimento e a repercussão na esfera do direito das partes, com base nos precedentes citados, tem-se que a importância equivalente a R$10.000,00 (dez mil reais) é adequada a compensar o dano moral experimentado, a qual se fixa neste momento. Incidência de juros de mora de 1% ao mês (artigo 407 do CC/2002) e correção monetária pelo INPC (Súmula nº 362/STJ) a partir do arbitramento (responsabilidade civil contratual[2]).

Assim, acolhe-se parcialmente o recurso a fim de readequar o montante indenizatório, nos termos ora fixados.

Ante a omissão da sentença fixa-se honorários advocatícios sucumbenciais em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, distribuídos nos termos adotados pela sentença (divisão pela metade).

Por fim, pelo provimento do recurso apelatório fixa-se honorários sucumbenciais recursais, a ser suportado pela parte promovente/recorrida, ora sucumbente, os quais passam de 10% (dez por cento) para 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, §11 do Código de Processo Civil de 2015. Referida obrigação fica suspensa, em face do benefício da gratuidade judiciária, a teor do artigo 98, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, suspendendo esta condenação por cinco anos, na forma dos §§ 2º e 3º do mesmo artigo.

Conclusões. Dispositivo.

Ante o exposto, CONHEÇO DO RECURSO, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do voto do relator.

É como voto.

Fortaleza, 14 de março de 2018.

2 Aplicação confome precedente: STJ - REsp 903.258/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 17/11/2011.

PROC. Nº 0054187-12.2016.8.06.0112 APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE JUAZEIRO DO NORTE
APELANTE: MUNICÍPIO DE JUAZEIRO DO NORTE
APELADO: LINDE GASES LTDA
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: DIREITO PÚBLICO. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. INADIMPLEMENTO DE CONTRATO POR PARTE DO MUNICÍPIO. RESCISÃO. POSSIBILIDADE. BLOQUEIO E SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL E IMPRESCINDÍVEL. O CASO DOS AUTOS NÃO PREENCHE ESSES REQUISITOS. PRECEDENTES. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Tratam os autos de Apelação Cível interposta pela municipalidade com o intuito de reformar decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Comarca de Juazeiro do Norte em sede de Ação Declaratória de Inexistência de Relação Comercial com pedido de tutela antecipada ajuizada pela recorrida.

2. Apreciando o feito, fls. 417/420, o magistrado *a quo*, julgou procedente o pleito autoral, para reconhecer como ilegal a prorrogação unilateral realizada pelo município, declarando inexistente qualquer vínculo da autora com este último. Para fins de evitar a descontinuidade do serviço público, concedeu a antecipação da tutela para

que, no prazo máximo de 60 dias, a prefeitura realize nova contratação de empresa que preste os mesmos serviços da autora, ficando esta autorizada, transcorrido o referido prazo, a retirar seus equipamentos, inclusive por meio de expedição de mandado de busca e apreensão.

3. Determinou ainda o juiz de primeiro grau o depósito em conta judicial, até 10 dias após a publicação da decisão, do valor equivalente a R$ 100.000,00, referente à caução pelo pagamento dos serviços que serão prestados nos 60 dias mencionados, sob pena de ser realizada penhora online pelo BacenJud. Condenou ainda o réu ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R$ 30.000,00.

4. Da detida análise dos autos, verifica-se que a Administração Pública não demonstrou ter justificado e autorizado a prorrogação do contrato administrativo entabulado com o particular, tampouco formalizou aditivo ao contrato anterior, muito menos promoveu licitação para contratação de novo fornecedor, valendo-se da impossibilidade de o fornecedor interromper deliberadamente o fornecimento dos gases e equipamentos necessários ao funcionamento das unidades de saúde do Município apelante por ser serviço essencial e contínuo, bem como acumulou prestações vencidas por mais de 90 (noventa) dias, o que autoriza a rescisão do contrato com base no art. 78, XV, da Lei n.º 8.666/93.

5. Contudo, no que diz respeito à ordem de bloqueio de verbas públicas por meio do Bacenjud, impõe-se o dever de reforma da sentença nesse ponto,

pois tratam-se de verbas públicas impenhoráveis, motivo pelo qual o magistrado não poderia determinar seu bloqueio e o repasse para conta da empresa demandante, sob pena de malferimento ao regime de precatórios/RPV previsto no art. 100 da Constituição.

6. A contrario senso, deduz-se da jurisprudência atinente ao tema que o sequestro de verbas públicas dar-se-á de forma excepcional e imprescindível, como por exemplo, quando houver comprovação do não cumprimento da obrigação e de que a demora no recebimento do medicamento que acarrete risco à saúde e à vida do demandante. O que não ressai ser o caso dos autos, em que o bloqueio de verbas se prestaria ao repasse para pagamento de débitos junto à empresa demandada.

7. Diante do exposto, conheço o Recurso de Apelação, para dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença de primeiro grau no ponto em que determinou o bloqueio judicial da conta bancária do Município de Juazeiro do Norte e quanto ao arbitramento de honorários sucumbenciais.

8. Reexame Necessário e Recurso de apelação conhecidos, e parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente em conhecer o Recurso de Apelação Cível, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 23 de julho de 2018

RELATÓRIO

Na origem

Tratam os autos de Apelação Cível interposta pelo MUNICÍPIO DE JUAZEIRO DO NORTE, em face de LINDE GASES LTDA com o intuito de reformar decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Comarca de Juazeiro do Norte em sede de Ação Declaratória de Inexistência de Relação Comercial com pedido de tutela antecipada ajuizada pela recorrida.

Em sua petição inicial, às fls. 02/23 dos autos, a demandante aduziu que, em 12/05/2014, sagrou-se vencedora de processo licitatório na modalidade Pregão Presencial n.º 2014.03.31.01, tendo firmado com a parte ré a ata de registro de preços n.º 2014.05.12.01, com prazo de vigência até 31/12/2014, cujo objeto era o fornecimento de gases medicinais e locação de equipamentos para atender as unidades de saúde do Município de Juazeiro do Norte. Em seguida, afirmou que, embora o contrato tenha atingido seu termo final e exista obrigação legal de contratação de fornecedor substituto pelo Poder Público, o réu ainda não realizou a abertura de novo processo licitatório para a contratação de novo prestador de serviço, tampouco cumpriu com suas obrigações pecuniárias, acumulando débitos no montante de R$ 531.917,29 (quinhentos e trinta e um mil, novecentos e dezessete reais e vinte e nove centavos).

Assim, rogou pela concessão de antecipação da tutela para que fosse determinado ao réu a contratação de novo fornecedor de equipamentos e serviços, sob pena de multa diária, bem como autorizado à parte autora a retirada de seus equipamentos. No mérito, rogou pela ratificação da medida antecipatória e a condenação do réu ao pagamento dos aluguéis devidos pelo período compreendido entre a distribuição da ação e a efetiva entrega dos equipamentos ainda locados.

Da contestação

Contestação do Município de Juazeiro do Norte às fls. 376/387.

Da sentença

Apreciando o feito, fls. 417/420, o magistrado *a quo*, julgou procedente o pleito autoral, para reconhecer como ilegal a prorrogação unilateral realizada pelo município, declarando inexistente qualquer vínculo da autora com este último. Para fins de evitar a descontinuidade do serviço público, concedeu a antecipação da tutela para que, no prazo máximo de 60 dias, a prefeitura realize nova contratação de empresa que preste os mesmos serviços da autora, ficando esta autorizada, transcorrido o referido prazo, a retirar seus equipamentos, inclusive por meio de expedição de mandado de busca e apreensão.

Determinou ainda o juiz de primeiro grau o depósito em conta judicial, até 10 dias após a publicação da decisão, do valor equivalente a R$ 100.000,00, referente à caução pelo pagamento dos serviços que serão prestados nos 60 dias mencionados, sob pena de ser realizada penhora online pelo BacenJud. Condenou ainda o réu ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R$ 30.000,00.

Das razões de apelo da promovente

Inconformada, a edilidade interpôs Recurso de Apelação Cível, fls. 450/474, aduziu em preliminar de recurso a irregularidade na sua intimação ante a falta de carga dos autos, nos termos do art. 183, §1º, CPC.

Alegou ainda estar vinculada à lei orçamentária, razão pela qual a decisão não poderia determinar a prestação de caução, visto não existir dotação orçamentária para tal, tampouco seria possível a criação de conta vinculada pelo Poder Judiciário, sob pena de ofensa ao pacto federativo.

Das contrarrazões

Contrarrazões às fls. 511/530.

Parecer do Ministério Público pela procedência parcial do recurso às fls. 541/551.

É o relatório. Decido.

VOTO

Feito em ordem, não se constatando quaisquer vícios capazes de inquinar-lhe nulidade, estando corretamente preenchidos os pressupostos processuais, as condições da ação, bem como os requisitos de admissibilidade do recurso interposto.

O cerne da questão de mérito e trazida a reconsideração pelo ente público municipal consiste em analisar a legalidade da decisão de primeiro grau que reconheceu como ilegal a prorrogação unilateral realizada pelo município, declarando inexistente qualquer vínculo da autora com este último. Para fins de evitar a descontinuidade do serviço público, concedeu a antecipação da tutela para que, no prazo máximo de 60 dias, a prefeitura realize nova contratação de empresa que preste os mesmos serviços da autora, ficando esta autorizada, transcorrido o referido prazo, a retirar seus equipamentos, inclusive por meio de expedição de mandado de busca e apreensão.

Determinou ainda o juiz de primeiro grau o depósito em conta judicial, até 10 dias após a publicação da decisão, do valor equivalente a R$ 100.000,00, referente à caução pelo pagamento dos serviços que serão prestados nos 60 dias mencionados, sob pena de ser realizada penhora online pelo BacenJud. Condenou ainda o réu ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R$ 30.000,00.

No caso dos autos, verifica-se que o contrato firmado entre as partes findou em 31.12.2014 (prazo de vigência previsto na cláusula quarta do contrato n.º 2014.05.12.01 - fl. 77 dos autos). Contudo, a despeito da manutenção do fornecimento do serviço pela parte contratada, inclusive

após o prazo de encerramento da relação contratual, visto tratar-se de serviço essencial e cuja interrupção poderia acarretar sérios prejuízos a vidas humanas, o Município de Juazeiro do Norte não cumpriu suas obrigações, restando inadimplente, conforme as notificações extrajudiciais expedidas (fls. 93/96 e 98/99 dos autos), o que não foi refutado pelo apelante.

Da detida análise dos autos, verifica-se que a Administração Pública não demonstrou ter justificado e autorizado a prorrogação do contrato administrativo entabulado com o particular, tampouco formalizou aditivo ao contrato anterior, muito menos promoveu licitação para contratação de novo fornecedor, valendo-se da impossibilidade de o fornecedor interromper deliberadamente o fornecimento dos gases e equipamentos necessários ao funcionamento das unidades de saúde do Município apelante por ser serviço essencial e contínuo, bem como acumulou prestações vencidas por mais de 90 (noventa) dias, o que autoriza a rescisão do contrato com base no art. 78, XV, da Lei n.º 8.666/93.

Não é outro o entendimento da jurisprudência sobre o tema:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. PERDA DO OBJETO. PRELIMINAR REJEITADA. LICITAÇÃO. ATA DE REGISTRO DE PREÇOS. **CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLEMENTO DA ADMINISTRAÇÃO. ATRASO NO PAGAMENTO SUPERIOR A 90 DIAS. RESCISÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE.**
>
> 1. Mesmo diante do procedimento de cancelamento de forma administrativa pelo ente público, persiste o interesse na parte demandante na discussão da rescisão contratual das atas de registros públicos, bem como quanto ao pleito de abstenção de aplicação de penalidade. Preliminar de perda de objeto rejeitada.
>
> 2. Na linha da doutrina e jurisprudência, o atraso do Estado no pagamento de fornecimento de produtos licitados pela demandante por prazo superior a 90 dias, autoriza a contratada a pleitear a suspensão e a rescisão do contrato administrativo, sem que lhe sejam aplicadas penalidades. Interpretação legal - Lei nº 8.666/93.

> 3. A ausência de pagamento fundada na mera alegação de dificuldades financeiras enfrentadas pelo Governo, por si só não justifica o atraso do pagamento do contrato administrativo, sobretudo porque cabe a Administração Pública o ônus de concretizar os interesses públicos na gestão da coisa pública. 4. Ainda que se admita a primazia da continuidade do serviço público, tal princípio não legitima uma conduta de inadimplência do Poder Público, e no caso, não haveria que se falar prejuízos com a pretendida rescisão, na medida em que a própria Administração informa que alguns produtos objeto das atas de registros de preços já foram novamente licitadas. 5. Rejeitada a preliminar. Negado provimento ao apelo e a remessa necessária. (Proc 20160110699173APO (0025304-19.2016.8.07.0018), DISTRITO FEDERAL, Relatora: Desembargadora GISLENE PINHEIRO, Acórdão N. 1039958)

Contudo, no que diz respeito à ordem de bloqueio de verbas públicas por meio do Bacenjud, impõe-se o dever de reforma da sentença nesse ponto, pois tratam-se de verbas públicas impenhoráveis, motivo pelo qual o magistrado não poderia determinar seu bloqueio e o repasse para conta da empresa demandante, sob pena de malferimento ao regime de precatórios/RPV previsto no art. 100 da Constituição.

Como se observa da jurisprudência a respeito do tema, o sequestro de verba pública só poderia se dar em situações excepcionais, tais como as situações de saúde. Veja-se repetitivo do STJ sobre o tema.

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5º. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.

1. **Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.**
2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ. (REsp 1069810/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. **BLOQUEIO OU SEQUESTRO DE VERBAS DO ESTADO EM CARÁTER EXCEPCIONAL.** SOBRESTAMENTO PELA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. NÃO CABIMENTO.
I - O reconhecimento de repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em regra, não impõe o sobrestamento do trâmite dos recursos nesta Corte. Questão de Ordem nos REsps 1.289.609/DF e 1.495.146/MG (1ª Seção, julg. 10.09.2014 e 13.05.2015, respectivamente).
II - **Orientação desta Corte no sentido de caber ao magistrado adotar medidas eficazes à efetivação de decisões que determinam o fornecimento de medicamentos, inclusive o bloqueio ou sequestro de verbas do Estado, com a ressalva de que a medida deve ser concedida apenas em caráter excepcional, quando houver comprovação do não cumprimento da obrigação e de que a demora no recebimento do medicamento acarretará risco à saúde e à vida do demandante.**
III - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.
IV - Agravo Regimental improvido. (AgRg no RMS 47.336/GO, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 08/10/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REQUISIÇÃO DE

PEQUENO VALOR (RPV). **SEQUESTRO DE VERBA PÚBLICA. REEXAME.** SÚMULA 7/STJ. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA PARTE, IMPROVIDO.

I. Recurso Especial originado de Agravo de instrumento, interposto contra decisão que indeferiu pedido de seqüestro de verbas públicas, para o pagamento dos honorários advocatícios, devidos ao CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

II. Tendo o Tribunal de origem decidido que a situação fática dos autos não ensejaria o sequestro da verba pública, para o pagamento de Requisição de Pequeno Valor, entender de forma contrária demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

III. Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 17.385/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 30/03/2016)

Não é outro o entendimento deste Egrégio Sodalício.

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO ANTECIPATÓRIO. DIREITO À SAÚDE. REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. **DECISÃO QUE DETERMINOU A SUPLEMENTAÇÃO DE BLOQUEIO E SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. NECESSIDADE COMPROVADA. APRESENTAÇÃO DE ORÇAMENTO DE HOSPITAL PARTICULAR. POSSIBILIDADE. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE** (ART. 196 CF/88). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

1. Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto contra Decisão Interlocutória proferida que, determinou a suplementação do bloqueio em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) em contas de titularidade da municipalidade recorrente, através do sistema BACENJUD; o sequestro de R$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), além da intimação do autor para levantar os valores sequestrados.

> 2. Sabe-se que o Direito à saúde, previsto no art. 196 da CF/88, é um bem de extraordinária relevância à vida e à dignidade humana, sendo elevado, com a promulgação da Constituição Federal vigente, à condição de direito fundamental, o que manifesta a preocupação extrema do constituinte originário em garantir a todos uma existência digna, como preceitua os ditames da justiça social.
> 3. Inobstante a isso, o colendo Superior Tribunal de Justiça tem entendido que nos casos em que se busca a obtenção de elementos indispensáveis à manutenção da vida humana, o Estado, em sentido *lato sensu*, não pode se valer de argumentos de natureza financeira e burocrática, como a insuficiência de reservas, para se eximir da responsabilidade de cumprimento das obrigações constitucionais. Assim, o Magistrado de primeiro grau agiu acertadamente ao determinar a suplementação e sequestro dos valores a fim de efetivar o procedimento perseguido judicialmente (colocação de Stent Farmacológico).
> 4. Registre-se por fim que, não se desconhece a excepcionalidade da medida liminar em hipóteses que possam se caracterizar como satisfativos contra o Poder Público. Entretanto, a Colenda Corte Superior no sentido de asseverar que a concessão é vedada, como princípio geral, excepcionando-se as hipóteses de providências médicas urgentes, como é o caso em exame.
> 5. Recurso conhecido, mas desprovido. Decisão mantida. (Processo nº 0621757-37.2015.8.06.0000 Relator (a): LISETE DE SOUSA GADELHA; Comarca: Milagres Órgão julgador: Vara Única; Data do julgamento: 06/07/2015; Data de registro: 06/07/2015)

A contrario senso, deduz-se da jurisprudência atinente ao tema que o sequestro de verbas públicas dar-se-á de forma excepcional e imprescindível, como por exemplo, quando houver comprovação do não cumprimento da obrigação e de que a demora no recebimento do medicamento que acarrete risco à saúde e à vida do demandante. O que não ressai ser o caso dos autos, em que o bloqueio de verbas se prestaria ao repasse para pagamento de débitos junto à empresa demandada.

Quanto aos honorários arbitrados em primeiro grau, entendo que deverão obedecer o regramento previsto no CPC/15 (art. 85, §3º, II c/c §2º), no importe de 8% sobre o valor da condenação ou proveito econômico, a ser aferido quando liquidado o julgado, nos termos do art. 85 §4º, II do CPC/15.

Diante do exposto, ço o Recurso de Apelação,lhe parcial provimento, reformando a sentença de primeiro grauno ponto em que determinou o bloqueio judicial da conta bancária do Município de Juazeiro do Norte, bem como em relação ao arbitramento de honorários sucumbenciais.

É como voto.

Fortaleza, 23 de julho de 2018.

APELAÇÃO Nº 0111642-40.2017.8.06.0001
APELANTE: DAVI AZIM FILHO
APELADO: BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO
ORIGEM: 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATORA: DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. PEDIDO AUTORAL DE LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. NULIDADE. TEORIA DA CAUSA MADURA. ART. 1.013, § 3º, II, DO CPC/15. MÉRITO. LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DOS ENCARGOS FINANCEIROS. ART. 52, §2º DO CDC. VALOR OFERTADO INCONTROVERSO, CORROBORADO PELOS CÁLCULOS DA CONTADORIA JUDICIAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, MAS POR FUNDAMENTO DIVERSO DO REQUESTADO.

1. A controvérsia que se manifesta nos autos cinge-se a verificar: I) preliminarmente, a ocorrência de julgamento *extra petita*; II) no mérito, o direito, por parte do autor, à liquidação antecipada do contrato de financiamento de veículo automotor, com fulcro no art. 52, §2º do CDC.

2. Com efeito, não é possível identificar, no conteúdo da exordial, que o autor haja requerido revisão ou modificação das cláusulas do contrato celebrado, mostrando-se nítido que o autor, essencialmente, postulou a autorização do depósito judicial, com efeito de pagamento e devidos consectários legais.
3. A sentença, por outro lado, julgou improcedente o pedido com fundamentos que não dizem respeito à demanda em tela, como se a pretensão autoral de consignação tivesse como pressuposto a revisão das cláusulas contratuais. Observa-se que, possivelmente, o órgão judicial sentenciante foi levado a erro pelo teor da contestação da parte requerida, uma vez que a defesa foi realizada como se a pretensão autoral dissesse respeito à revisão das cláusulas contratuais.
4. Desse modo, verifica-se a ocorrência, efetivamente, de julgamento fora dos limites propostos pela parte autoral, uma vez que se constata o julgamento de causa diversa da que fora proposta no pleito inicial, em violação ao princípio da congruência, o que acarreta a nulidade de pleno direito da sentença recorrida, por ser *extra petita*. Assim, apesar de o apelante haver expressamente requerido a reforma da decisão impugnada, é evidente que se trata de caso de nulidade do *decisum* vergastado, por violação ao referido princípio.
5. Por estar o processo em condições de imediato julgamento e em observância aos princípios da economia processual e da razoável duração do processo, o mérito deve ser desde logo decidido por esta Egrégia Corte, a teor do art. 1.013, § 3º, II, do CPC/2015.

6. No que concerne ao mérito, verifica-se que a instituição financeira recorrida não impugnou o valor apresentado como devido para a quitação antecipada do contrato e tampouco o direito do contratante à liquidação antecipada do débito. As alegações de defesa restringiram-se essencialmente a aduzir que não cabe à parte promovente pretender a modificação unilateral das cláusulas do contrato livremente celebrado, sem vícios, a sujeitar as partes ao fiel cumprimento das obrigações assumidas.
7. Verifica-se, ainda, que não houve impugnação especificada dos cálculos do autor, fazendo incidir revelia parcial, tornando fato incontroverso a suficiência da quantia depositada. Ademais, cumpre salientar que os cálculos apresentados pelo autor (fls. 8) foram corroborados pela planilha de cálculos da contadoria judicial (fls. 274/275), que goza de fé pública, em que se apontou detalhadamente o abatimento proporcional dos encargos.
8. Além disso, inegável o direito do consumidor ao abatimento proporcional dos juros, em caso de liquidação antecipada, conforme preceitua o art. 52, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.
9. Destarte, ante a recusa injustificada da parte ré/apelada em aceitar a liquidação antecipada do débito (documento às fls. 20), bem como estando ausente impugnação especificada do valor do depósito efetuado, a procedência do pedido de consignação judicial, é medida que se impõe.
10. Recurso conhecido e provido, mas por fundamento diverso do requerido em apelação, para decretar a nulidade da sentença, aplicando-se, empós, a teoria da causa madura, para julgar procedente o pedido autoral.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos, em que são partes as pessoas acima indicadas, acorda a 3ª Câmara Direito Privado Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por unanimidade, em conhecer e dar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por Azim Filho, representado por seu genitor e procurador Davi Azim (procuração às fls. 13/14) em face de sentença (fls. 286/290) proferida pelo Juízo da ª **Vara Cível da Comarca de Fortaleza que**, nos autos de ção de Consignação em Pagamento ajuizada pelo apelante**em desfavor de BV Financeira S/A Crédito, Financiamento e Investimento**, julgou improcedente o pedido autoral, cassando a tutela de urgência concedida, ao passo que manteve incólumes as cláusulas contratuais celebradas, e determinou que eventual quantia depositada fosse revertida à instituição financeira requerida.

A parte autora narra na peça exordial (fls. 1/11), em síntese, que celebrou contrato de abertura de crédito com alienação fiduciária (fls. 17/18) no valor de R$ 47.783,78 (quarenta e sete mil, setecentos e oitenta e três reais e setenta e oito centavos), valor este financiado, a serem pagos em 48 (quarenta e oito) prestações mensais e sucessivas de R$ 1.587,92 (hum mil, quinhentos e oitenta e sete reais e noventa e dois centavos), para aquisição de um veículo de marca/modelo, MITSUBISHI PAJERO SPORT HPE 4X4 – AT 2.5 TB-IC 4P DIESEL, DE PLACAS, MYN-0676/CE, DE COR VERMELHA, ANO/MODELO: 2007/2008, CHASSI: 93XPRK94W8C707637, RENAVAM: 936814330. Requereu, ao fim, a autorização do depósito judicial no montante correspondente às 15 (quinze) parcelas restantes, por motivo de liquidação antecipada do financiamento, conforme disposto no art. 52, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Juntou os documentos de fls. 12/22, dentre os quais, o contrato (fls. 17/19) e correspondência da parte requerida (fls. 20).

Por meio da decisão de fls. 23/24, o juiz da 5ª Vara Cível concedeu a tutela antecipada requerida, determinando, *in verbis*:

> 1. Determinar a expedição de ofícios aos órgãos de restrição creditícia SERASA, SPC, SCPC, para a exclusão do nome do autor de seus cadastros de inadimplentes, até o deslinde desta ação.
> 2. Autorizar o depósito judicial a quantia legalmente devida, a ser depositada no prazo de 5 (cinco) dias contados do deferimento da medida.
> 3. Conceder a manutenção do autor na posse do veículo descrito no contrato de financiamento anexado aos autos.
> 4. Inibir o banco de incluir o nome do autor nos cadastros de inadimplentes, sob pena de multa no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).
> Intime-se e cite-se o promovido para responder, no prazo legal, aos termos da ação, sob pena de revelia.
> Defiro, até prova em contrário, a gratuidade judiciária requestada.

Atendendo o disposto na referida decisão, a parte consignante juntou às fls. 28/29 comprovante de pagamento do valor das 15 (quinze) parcelas restantes referentes ao contrato em tela, correspondente ao montante de R$ 14.932,50 (quatorze mil, novecentos e trinta e dois reais e cinquenta centavos), apurado conforme os cálculos expostos às fls. 8.

Mandado de citação e intimação cumprido, às fls. 42/43, juntado aos autos em 27/03/2017, conforme certidão de fl. 41.

O consignado, ora apelado, juntou petição às fls. 44/46 informando o cumprimento da liminar deferida, bem como solicitando sua reconsideração.

Contestação tempestivamente apresentada, às fls. 85/96, em 17/04/2017.

A parte ré, em contestação, alega em síntese que a promovente não fez qualquer ressalva em relação à obrigação livremente pactuada,

anuindo a todas as cláusulas do contrato de empréstimo, pelo que este se constitui ato jurídico perfeito, a sujeitar as partes ao fiel cumprimento das obrigações assumidas. Arguiu ademais que não cabe à parte promovente pretender modificar unilateralmente as cláusulas do contrato legalmente celebrado, sem vícios. A contestação, em síntese, foi apresentada como se a pretensão autoral fosse de uma ação revisional, deixando de impugnar o valor do depósito judicial.

Despacho, às fls. 139, designando audiência de conciliação para o dia 24 de maio de 2017, às 15h00, intimando-se apenas os advogados dos litigantes, pelo DJE, em atenção ao princípio do cooperativismo que privilegia o novo diploma processual de 2015.

Petições da parte autora, às fls. 140/149, em que a parte consignante, ora apelante, aduz:

> "tendo o douto Julgador cometido um grande equívoco ao prolatar o r. despacho de fl. 139, designando a incabível e inconcebível audiência de conciliação para o caso em tela, eis que, uma vez proposta a consignatória deverá o autor requerer o depósito da quantia ou da coisa devida a ser efetivado no prazo de 5 (cinco) dias contados do deferimento (art. 542, inciso I), empós, requerer a citação do réu para levantar o depósito ou oferecer contestação (art. 542, inciso II) […] digne-se de CHAMAR O FEITO A ORDEM, para seja tornado sem efeito o despacho de fl. 139, uma vez incabível no caso em tela a audiência de conciliação, por tratar-se de uma ação de consignação em pagamento (rito de procedimento especial), por conseguinte, seja dado prosseguimento ao feito, requerendo, concessa vênia, a apreciação do petitório de fls. 129/130."

Petição autoral às fls. 152/161, em que a consignante, ora apelante, afirma:

> Irresigna-se o Consignante pelo fato deste MM Juiz, mesmo tendo sido alertado por diversas vezes de que não houve contestação, vir de maneira arbitrária, TERATOLÓGICA,

> proferir uma decisão fantasmagórica (fls. 150/151), alegando dentre outras aberrações, que o promovente, o que não é o caso e, sim, Consignante, não anexou aos autos a planilha de cálculo especificando os valores dos encargos financeiros abatidos para que se permitisse aferir o exato montante consignado pelo requerente, que no caso trata-se de Consignante e não de requerente, fato este, que não pode e nem poderia, em hipótese alguma, ser cogitado nesta esdrúxula decisão, por dois motivos basilares, o primeiro por que não cabe ao Magistrado expor sua vontade própria dentro dos autos, devendo se ater única e exclusivamente aos rigores da lei, que no caso em comento, é totalmente inadmissível o posicionamento deste Magistrado em argui a apresentação de planilha de cálculo para se aferir o exato montante consignado pelo Consignante, uma vez que isso caberia a parte demandada insurgir-se no tocante a alegação de que o depósito não foi integral, cabendo a mesma colacionar aos autos os valores que entendesse como realmente devido."

Por meio do despacho de fls. 168/169, o Magistrado Titular da 5ª Vara Cível, o Excelentíssimo Sr. Dr. José Edmilson de Oliveira, declarou-se suspeito por motivo de foro íntimo, nos termos do art. 145, IV, § 1º do NCPC.

Decisão interlocutória, às fls. 174/175, rejeitando a alegação de revelia e determinando a intimação da parte autora para manifestação acerca da contestação, às fls. 85/96.

Planilha de cálculos, às fls. 274/275, elaborada pela Seção de Contadoria do Fórum Clóvis Beviláqua, indicando o valor de 14.932,43 (quatorze mil novecentos e trinta e dois reais e quarenta e três centavos), informando detalhadamente a soma correspondente aos valores das 15 parcelas restantes, abatendo-se as taxas dos juros na forma do contrato.

Sentença proferida às fls. 286/290, na qual o magistrado entendeu, em síntese, que: I) o valor consignado judicialmente pelo promovente seguiu cálculos e formas ao arrepio das cláusulas celebradas; II) a quantia entendida como correta pelo autor foi calculada partindo-se da falsa premissa de que não incidem encargos remuneratórios sobre cujo capital se pretende antecipar; III) o consumidor contratante de serviço bancário, ciente da

cobrança das cláusulas contratuais e, depois, ingressa em juízo requerendo revisão e devolução não respeita a boa-fé objetiva que deve permear toda contratação, incidindo em evidente comportamento contraditório; IV) há necessidade de interpretar a situação existente com observância dos princípios da função social e da boa-fé objetiva, da qual se extraem os chamados deveres anexos ou laterais de conduta, tais como os deveres de colaboração, fidúcia, respeito, honestidade e transparência, que devem estar presentes nas relações contratuais como a que ora se examina; julgando improcedente o pedindo, cassando a tutela de urgência concedida e mantendo incólumes as cláusulas contratuais celebradas, determinando que eventual quantia depositada judicialmente funcionasse para amortização da cédula, ficando revertida à instituição financeira promovida.

Petição autoral, às fls. 293/294, dando ciência da sentença prolatada, nos seguintes termos:

> CIÊNCIA DA EXDRÚXULA SENTENÇA, por que não dizer, imoral, ao arrepio da lei, conivente com a falta de respeito ao ORDENAMENTO JURÍDICO, NUMA CLARA E EVIDÊNCIA DE VENDA DE SENTENÇA, COMO OS DEMAIS PARCEIROS PUNIDOS COM A APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. FALTA DE VERGONHA DE SE DECLARAR MAGISTRADO. […] TER SE JULGADO SUSPEITO TAL QUAL O SR. JUIZ ANTECESSOR QUE SE DECLAROU SUSPEITO, POR TER INTERESSE NO JULGAMENTO DO PROCESSO EM FAVOR DA PARTE. LAMENTÁVEL TERMOS NO PODER JUDICIÁRIO UM MAGISTRADO QUE NÃO MERECE SER POSSUIDOR DA TOGA, COMO É O CASO DE VOSSA PESSOA. NÃO MERECE O RESPEITO DE QUEM QUER QUE SEJA, MUITO MENOS POR PARTE DESTE HUMILDE CAUSÍDICO, QUE SEMPRE TRABALHOU PAUTADO NA LEGALIDADE E NO RESPEITO AO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO...
> CONGRATULAÇÕES,

Embargos de Declaração, às fls. 298/312, opostos pelo promovente/apelante, com decisão, às fls. 324, rejeitando-os.

Inconformado, o promovente interpôs Recurso de Apelação (fls. 327/349), alegando, em síntese, que a sentença fugiu completamente do pleito autoral, sendo a prestação jurisdicional entregue como se fosse pleiteada uma Ação Revisional de Contrato, com pedido de modificação de cláusulas contratuais, o que de fato não ocorreu, sendo, sim, postulada uma ação de consignação em pagamento com pedido de tutela provisória de urgência, objetivando a quitação antecipada do contrato de financiamento de veículo automotor celebrado com o apelado com esteio no art. 52, § 2º, do CDC (Lei nº 8.078/90).

Contrarrazões apresentadas pela parte promovida às fls. 378/388.

É o relatório. Passo a proferir a decisão.

VOTO

1. Do direito intertemporal

Considerando que a decisão foi proferida após a vigência do CPC/15, aplicam-se ao presente recurso os requisitos de admissibilidade previstos nesse diploma legal, tendo em vista a adoção, pelo direito processual civil, da teoria do isolamento dos atos processuais, prevista nos artigos 14 e 1.046, do CPC/15, bem com o previsto no Enunciado Administrativo nº 02, do Superior Tribunal de Justiça.

2. Da admissibilidade do recurso

O recurso foi apresentado tempestivamente.

Preparo dispensado, por ser beneficiário da justiça gratuita (fls. 23/24)

Há interesse recursal, visto que os recursos são meio útil e necessário para a obtenção de uma situação mais favorável que a resultante da decisão atacada.

Portanto, conheço do recurso interposto.

3. Do julgamento *extra petita*

Preliminarmente, cinge-se a controvérsia a analisar a ocorrência de julgamento fora dos limites propostos pelo autor, o que acarretaria nulidade do *decisum* vergastado, por ser a sentença *extra petita*. Além disso, na medida em que o recorrente requestou a reforma da decisão, o provimento do recurso se dá por fundamento diverso do requerido, uma vez que o julgamento *extra petita* acarreta evidente nulidade de pleno direito da sentença recorrida, por violação ao princípio da congruência.

Prosseguindo na análise, vê-se que o autor, ora apelante, pugna na exordial pelos seguintes pedidos:

> a) - O deferimento dos benefícios da justiça gratuita, com esteio no art. 99, § 3º c/c art. 374, IV, do Novo Caderno Processual Civil;
> b) - Autorizar o depósito judicial da quantia legalmente devida, no montante de R$ R$ 14.932,50 (quatorze mil, novecentos e trinta e dois reais e cinqüenta centavos), referente às 15 (quinze) parcelas restantes, por motivo de liquidação antecipada do financiamento, conforme disposto no § 2º, do art. 52, da Lei Consumerista a ser
> depositado no prazo de 05 (cinco) dias contados do deferimento da medida, nos termos do art. 542, inciso I, do Novo Excelso Pretório Civil;
> c) - A citação do Consignado para levantar o depósito ou oferecer contestação no prazo legal;
> d) - Conceder, *data vênia*, a tutela antecipatória requestada, com arrimo no art. 300 do Novo Código de Processo Civil, *inaudita altera* partes, para determinar a imediata retirada do nome do Consignante junto a SERASA, SPC, BACEN e órgãos similares, além de intimar o Consignado, através do mandado intimatório, de plano, se abstenha de comunicar a terceiros órgãos cadastrais de inadimplentes, inclusive, Tabelionatos de Títulos, Notas e Protestos, até final provimento jurisdicional, fixando desde já a respectiva multa diária por descumprimento, nos termos do art. 84 do CDC e art. 537, do Novo Caderno Processual Civil, propiciando o cumprimento da obrigação de fazer;

> e) - Conceder ainda, em sede de tutela antecipatória, que o Consignante seja mantido na posse do veículo financiado, até final decisão deste douto(a) Julgador(a);
> f) - Ao final, *data vênia*, julgar totalmente procedente a presente ação, tornando em
> definitiva a medida liminar de antecipação de tutela requestada, mantendo-o na posse do bem financiado, declarando extinta a obrigação, condenando o Consignado ao pagamento de custas e honorários advocatícios na forma da lei, via conseqüência, seja determinado a devida baixa no Gravame junto ao detrance, do veículo acima descrito, objeto do contrato, por ser medida de direito e de mais lídima JUSTIÇA!

Por sua vez, a parte ré, ora apelada, oferece contestação cujas alegações são apresentadas como se a pretensão autoral fosse de uma ação revisional, deixando de impugnar o valor do depósito judicial.

Mais especificamente, a parte ré/apelada alega, em síntese, que promovente/apelante não fez qualquer ressalva em relação à obrigação livremente pactuada, anuindo a todas as cláusulas do contrato de empréstimo, pelo que este se constitui ato jurídico perfeito, a sujeitar as partes ao fiel cumprimento das obrigações assumidas. A apelada, em contestação, arguiu ademais que não caberia à parte promovente/apelante pretender modificar unilateralmente as cláusulas do contrato legalmente celebrado, sem vícios.

A sentença, por outro lado, julgou improcedente o pedido com fundamentos que não dizem respeito à demanda em tela, como se a pretensão autoral de consignação tivesse como pressuposto a revisão das cláusulas contratuais.

Observa-se, portanto, que possivelmente o órgão judicial sentenciante foi levado a erro pelo teor da contestação da parte requerida/apelada, uma vez que a defesa foi realizada como se a pretensão autoral dissesse respeito à revisão das cláusulas contratuais.

Com efeito, o**a**utor postulou pela liquidação antecipada do financiamento, com fundamento no disposto no art. 52, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que garante a redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

O magistrado *a quo*, por sua vez, na sentença, aduz que se limitará (fls. 287) *verbis:*

> "a apreciar as questões suscitadas na peça inicial, eis que é vedado o conhecimento de ofício de matérias não arguidas pelas partes. **Com efeito, a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre os contratos bancários não autoriza a revisão *ex officio* de cláusulas contratuais pelo julgador (Súmula 381/STJ), razão pela qual o juiz acha-se adstrito ao conhecimento da matéria efetivamente impugnada." (grifou-se)**

O juízo sentenciante prossegue afirmando que o autor apresentou (fls. 288) *verbis:*

> "linha de pensamento com cálculos e fórmulas […] ao arrepio das cláusulas contratuais celebradas. **Nesse passo, entendeu como correto o valor de R$ 14.932,50 para a liquidação do contrato. Esse montante, a seu juízo, representaria as quinze últimas parcelas. Ocorre que o autor, para chegar a essa quantia, partiu da falsa premissa de que não incidem encargos remuneratórios sobre cujo capital se pretende antecipar." (grifou-se)**

A decisão preleciona, ademais, acerca do instituto da boa-fé objetiva e seus deveres anexos (fls. 288) *verbis***:**

> "Por derradeiro, e demais disso, **o consumidor que contrata o serviço bancário, bem ciente da cobrança das cláusulas contratuais, do juro expressamente praticado e das tarifas impostas e, depois, ingressa em juízo requerendo revisão e devolução, como se surpreso estivesse, evidentemente não respeita a indispensável boa-fé objetiva que deve permear toda contratação. Trata-se de violação aos deveres anexos de boa-fé objetiva, também chamadas figuras parcelares ou reativas, em evidente** *venire contra factum proprium***, sob a modalidade** *tu quoque***, não sendo dado ao consumidor, ou a quem quer que seja, agir de maneira desleal e de inopino, surpreendendo a outra parte com seu comportamento contraditório." (grifou-se)**

Por fim, eis trecho do dispositivo do *decisum* **(fls. 290)**, *in verbis:*

> "Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido, ficando cassada tutela de urgência concedida e **mantidas incólumes as cláusulas contratuais celebradas. Eventual quantia depositada judicialmente funcionará para amortização da cédula, ficando revertida à instituição financeira." (grifou-se)**

Desse modo, verifica-se a ocorrência, efetivamente, de julgamento fora dos limites propostos pela parte autora, uma vez que se constata o julgamento de causa diversa da que fora proposta no pleito inicial, uma vez que a sentença julgou improcedente o pedido como se a pretensão autoral fosse a revisão das cláusulas contratuais.

No caso, portanto, deve ser anulada a sentença impugnada, a fim de que seja apreciado o pedido nos moldes em que foi formulado, decidindo nos limites do que foi postulado na exordial.

Assim, apesar de o apelante haver expressamente requerido a reforma da decisão impugnada, é evidente que se trata de caso de nulidade do *decisum*vergastado, por violação ao princípio da congruência, devendo o presente recurso ser conhecido e provido, mas por fundamento diverso do requerido, para decretar a nulidade da sentença.

4. Da Teoria da Causa Madura

Por estar o processo em condições de imediato julgamento e em observância aos princípios da economia processual e da razoável duração do processo, o mérito deve ser desde logo decidido por esta Egrégia Corte, a teor do art. 1.013, § 3º, II, do CPC/2015:

> Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

> [...]
> **§ 3o Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:**
> [...]
> II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

No mesmo sentido, é o entendimento desta Corte de Justiça:

> PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO – DPVAT. FALTA DE INTERESSE DE AGIR POR AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. FLAGRANTE AFRONTA À GARANTIA CONSTITUCIONAL ASSEGURADA PELO ART. 5º, XXXV. **TEORIA DA CAUSA MADURA. APLICAÇÃO. MÉRITO. VALOR INDENIZATÓRIO A SER PAGO PROPORCIONAL AO GRAU DE INVALIDEZ. SÚMULA Nº 474 DO STJ.** LESÃO NEUROLÓGICA. INDENIZAÇÃO A SER PAGA NO GRAU MÁXIMO.
> 1. [...]
> **2. Em atenção a teoria da causa madura, prevista pelo 1.013, § 3º, do Novo Código de Processo Civil, é possível ao Tribunal, em caso como o verificado nos autos, julgar a lide desde logo, uma vez constatado que o processo encontra-se em condições de imediato julgamento.**
> 3. A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez. (Súmula 474 da STJ). [...]
> 7. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada. (Relator: FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE; Comarca: Itapipoca; Órgão julgador: 4ª Câmara Direito Privado; Data do julgamento: 12/12/2016; Data de registro: 14/12/2016)

No que concerne ao mérito, verifica-se que a instituição financeira recorrida não impugnou o valor apresentado como devido para a quitação antecipada do contrato e tampouco o direito do contratante à liquidação antecipada do débito.

Com efeito, as alegações apresentadas pela parte ré, ora apelada, restringem-se essencialmente a aduzir quenão cabe à parte promovente pretender a modificação unilateral das cláusulas do contrato celebrado, sem vícios, cujas obrigações foram livremente pactuadas, com anuência a todas as cláusulas do contrato de empréstimo, a sujeitar as partes ao fiel cumprimento das obrigações assumidas.

Nota-se, portanto, que a parte ré, ora apelada, não foi capaz de infirmar a pretensão autoral, ou seja, não foi capaz de demonstrar qualquer das hipóteses do art. 544, do CPC/15 *in verbis*:

> Art. 544. Na contestação, o réu poderá alegar que:
> I - não houve recusa ou mora em receber a quantia ou a coisa devida;
> II - foi justa a recusa;
> III - o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento;
> IV - o depósito não é integral.
> Parágrafo único. No caso do inciso IV, a alegação somente será admissível se o réu indicar o montante que entende devido.

Repise-se que o réu essencialmente limitou-se a alegar, em defesa, que as cláusulas contratuais são válidas e que o autor tinha ciência de todos os encargos decorrentes da contratação, alegações impertinentes à demanda. Vê-se, assim, que não houve impugnação especificada dos cálculos do autor (fls. 8), fazendo incidir revelia parcial, tornando fato incontroverso a suficiência da quantia depositada. No mesmo sentido, é a jurisprudência pátria:

> **AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – Pretensão de liquidação antecipada de contrato de empréstimo consignado – Banco réu que deixou de impugnar o valor depositado em momento oportuno – Inteligência do art. 544, I e parágrafo único, CPC/2015 – Alegações genéricas acerca da legalidade das cláusulas contratuais que são impertinentes à demanda – Sentença de procedência mantida -** RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação 0003391-74.2014.8.26.0356; Relator (a): Sérgio Shimura; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mirandópolis - 1ª Vara; Data do Julgamento: 09/01/2018; Data de Registro: 09/01/2018)

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DE FINANCIAMENTO. VALOR OFERTADO. SUFICIÊNCIA. FATO INCONTROVERSO. MULTA DIÁRIA.

I - Em ação de consignação em pagamento, na qual o consumidor pretende a liquidação antecipada do financiamento com redução dos juros, se o Banco-credor não se insurge contra o valor ofertado, não colaciona nenhum cálculo nem sequer menciona o valor que entende devido, a suficiência da quantia e, consequentemente, a ausência de justa causa da recusa tornaram-se fato incontroverso. Mantida a procedência do pedido.

II - A cominação de multa diária objetiva estimular o cumprimento de uma obrigação de fazer e, por isso, a quantia arbitrada deve ser eficaz a essa finalidade, não podendo ser irrisória.

III - Apelação improvida. (TJDFT - Acórdão n.452053, 20080110409905APC, Relator: VERA ANDRIGHI, Revisor: ANA MARIA AMARANTE, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 29/09/2010, Publicado no DJE: 07/10/2010. Pág.: 207)

Além disso, cumpre salientar que os cálculos apresentados pelo autor (fls. 8) foram corroborados pela planilha de cálculos da contadoria judicial (fls. 274/275), que goza de fé pública, em que se apontou detalhadamente o abatimento proporcional dos encargos.

5. Da liquidação antecipada do contrato de financiamento e o abatimento proporcional dos encargos

É inequívoco o direito do consumidor ao abatimento proporcional dos juros, em caso de liquidação antecipada, conforme preceitua o art. 52, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:
> [...]
> **§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos**.

Nesse mesmo sentido é o posicionamento jurisprudencial pátrio:

> Apelação Cível. Contrato bancário. Operações de mútuo. Ação de consignação em pagamento. Pleito de liquidação antecipada da dívida. Sentença de procedência. Inconformismo da ré. Carência de ação não configurada. **Consignação em pagamento que é a medida correta no caso de recusa da financeira em receber o valor adiantado. Precedentes. Direito da devedora ao abatimento dos juros futuros, proporcionais ao período encurtado pela liquidação antecipada. Contadoria judicial que apurou o valor devido para quitação do contrato.** Valor integralmente depositado pela autora. Ausência de tempestiva manifestação de contrariedade da ré aos cálculos da contadoria. Procedência do pedido bem reconhecida. Honorários advocatícios majorados pelo insucesso do recurso. Inteligência do art. 85, § 11, do NCPC. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação 1001488-36.2016.8.26.0220; Relator (a): Hélio Nogueira; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guaratinguetá - 2ª Vara; Data do Julgamento: 16/02/2017; Data de Registro: 20/02/2017)

> CONTRATO BANCÁRIO – Ação ordinária de obrigação de fazer – Pretensão à imediata emissão de boleto bancário para liquidação antecipada de contrato de empréstimo consignado em benefício previdenciário – **Direito inequívoco do consumidor à quitação, total ou parcial do contrato de mútuo, com abatimento proporcional dos juros e demais acréscimos** – Necessidade de ajuizamento da demanda em razão da inércia no fornecimento do documento

– Astreintes – Pertinência da imposição como medida de apoio ao cumprimento de obrigação de fazer – Procedência mantida – Recurso improvido. (TJSP; Apelação 1013367-98.2014.8.26.0482; Relator (a): Correia Lima; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Prudente - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/11/2016; Data de Registro: 24/11/2016)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - RECURSO ADESIVO - AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO AO RECURSO PRINCIPAL - NÃO CONHECIMENTO - EMPRÉSTIMO - DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO - LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO - DEPÓSITO EXTRAJUDICIAL DO CRÉDITO - DEVOLUÇÃO PELO BANCO DO VALOR DEPOSITADO - RECUSA INJUSTIFICADA - MANTER SENTENÇA. - A apelação adesiva que vincula matéria não versada no recurso principal não pode ser conhecida. - **É permitido ao consumidor a quitação antecipada de débito, mediante o abatimento proporcional dos juros contratados.** - O contexto dos autos nos permite concluir que a obrigação do autor se encontra extinta, em razão do depósito efetuado, devendo a sentença ser mantida por seus próprios fundamentos. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.14.041824-5/001, Relator(a): Des.(a) Shirley Fenzi Bertão , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/12/2016, publicação da súmula em 15/12/2016)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. APLICABILIDADE DO CDC. LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DOS ENCARGOS FINANCEIROS. ART. 52, §2º DO CDC. DEPÓSITOS EM VALOR SUPERIOR AO APURADO APÓS O ABATIMENTO PROPORCIONAL. EFICÁCIA DE PAGAMENTO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Nos termos do enunciado nº. 297 da Súmula de Jurisprudência do STJ, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às relações bancárias, mormente aquelas

> que envolverem a concessão de crédito, operação abrangida pelo conceito de serviço (art. 3º, §2º do CDC). . **O art. 52, §2º do CDC inovou ao regular o tempo do pagamento em favor do devedor, assegurando-lhe o direito à liquidação antecipada do débito, com a correspondente redução proporcional dos encargos financeiros**. 3. Uma vez que os depósitos judiciais superam o valor do débito após o decote proporcional dos encargos, deve-se-lhes atribuir o efeito de pagamento. (TJMG - Apelação Cível 1.0223.08.251094-0/001, Relator(a): Des.(a) José Marcos Vieira , 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/02/2014, publicação da súmula em 17/02/2014)

Destarte, havendo recusa injustificada da parte ré/apelada em aceitar a liquidação antecipada do débito (conforme correspondência às fls. 20), bem como estando ausente impugnação especificada do valor do depósito efetuado (que, ademais, foi corroborado pela planilha de cálculos da contadoria judicial, às fls. 274/275), a procedência do pedido de consignação judicial, é medida que se impõe. Outrossim, ante a incontrovérsia quanto ao valor do depósito efetuado, resta prejudicada a análise da alegação de que a própria instituição financeira admitiu que o contrato estava quitado. Na mesma senda, são os precedentes judiciais:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS - LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA - REALIZAÇÃO DE CÁLCULOS INDEVIDOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - INAPLICABILIDADE DA PENALIDADE DO ART. 940 DO CÓDIGO CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MERA COBRANÇA INDEVIDA - ABALO EXTRA-PATRIMONIAL NÃO CONFIGURADO - RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS DESCONTADAS APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO - CABIMENTO.
> **Não tendo a parte ré impugnado o valor apresentado como devido para a quitação antecipada dos contratos e tampouco demonstrado qualquer fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito da parte autora, a**

procedência do pedido de consignação judicial é medida que se impõe. A regra do art. 940 do Código Civil somente é aplicável caso o credor, imbuído de má-fé, demande em juízo por dívida já paga ou por quantia superior a devida. A mera cobrança de valor superior ao devido pelo consumidor, ainda que cause grande aborrecimento e indignação, não tem aptidão para dar causa à configuração de um legítimo abalo de ordem moral. Comprovada a quitação integral da dívida por meio da consignação judicial, inegável o direito da parte autora ao reembolso, de forma simples, dos valores das parcelas que foram descontadas após o ajuizamento da demanda. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.16.029816-2/001, Relator(a): Des.(a) Arnaldo Maciel , 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/06/2016, publicação da súmula em 29/06/2016)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO - REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - RECURSO SUBSCRITO POR PROCURADOR DEVIDAMENTE CONSTITUÍDO- REJEIÇÃO - AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO - SOLICITAÇÃO DE LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DA DÍVIDA - BOLETO BANCÁRIO PARA QUITAÇÃO NÃO ENVIADO - RECUSA INJUSTIFICADA POR PARTE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DO DEPÓSITO JUDICIAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. - Em se tratando de recurso subscrito por procurador devidamente constituído e com poderes específicos para fazê-lo, não há que se falar em não conhecimento do recurso. **- A recusa injustificada do credor em proceder à liquidação antecipada do contrato de empréstimo consignado, direito garantido ao consumidor na forma do art. 52, §2º do CDC, dá lugar à ação de consignação em pagamento. - Incumbe à instituição financeira ré, na forma do art. 333, II do CPC, comprovar a alegada insuficiência do valor depositado**. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.11.335803-0/002, Relator(a): Des.(a) Aparecida Grossi, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/02/2016, publicação da súmula em 19/02/2016)

Em conclusão, apesar de o apelante haver expressamente requerido a reforma da decisão impugnada, é evidente que se trata de caso de nulidade do *decisum* vergastado, por violação ao princípio da congruência. Assim, conheço e dou o provimento ao recurso, mas por fundamento diverso do requerido, para decretar a nulidade da sentença, aplicando, empós, a teoria da causa madura, para julgar procedente o pedido autoral.

4. Dispositivo

Por todo o exposto, conheço do recurso para dar-lhe provimento, por fundamento diverso do requerido, anulando a sentença recorrida. Empós, com fulcro no art. 1.013, § 3º, II, do CPC/15, aplico a "Teoria da Causa Madura", para julgar procedente o pedido formulado na exordial, com fundamento no art. 487, I c/c art. 546 do CPC/2015, para declarar extinta a obrigação.

Ademais, concedo a tutela antecipada requestada, para determinar a imediata retirada do nome do consignante/apelante junto a SERASA, SPC, BACEN e órgãos similares, além da intimação do apelado, através de mandado intimatório, para que se abstenha de comunicar a terceiros órgãos cadastrais de inadimplentes, inclusive Tabelionatos de Títulos, Notas e Protestos; que o apelante seja mantido na posse do veículo financiado.

Determino, ainda, que seja expedido ofício ao DETRAN-CE para que seja dada a devida baixa no gravame do veículo marca/modelo MITSUBISHI PAJERO SPORT HPE 4X4 – AT 2.5 TB-IC 4P DIESEL, DE PLACAS, MYN-0676/CE, DE COR VERMELHA, ANO/MODELO: 2007/2008, CHASSI: 93XPRK94W8C707637, RENAVAM: 936814330.

Quanto ao ônus sucumbencial, em vista da inversão de sucumbência operada pelo provimento do recurso, condeno a parte ré, ora apelada, a arcar com as custas processuais e a pagar honorários sucumbenciais na importância de 10% (dez por cento) sobre o valor do proveito econômico, com fundamento no art. 85, § 2º, do CPC/15.

Quanto aos honorários recursais, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC, tendo em vista o provimento da apelação, bem como o trabalho adicional exercido, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais em 5% (cinco por cento), de modo que a verba honorária alcance o montante total de 15% (quinze por cento) sobre o valor do proveito econômico obtido.

É como voto.

Fortaleza, 07 de fevereiro de 2018.

PROCESSO: 0163568-94.2016.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: GUILHERME SOBRAL CAVALCANTE MURATORI MOURA
REPRESENTADO POR GERMANA SOBRAL CAVALCANTE LEITE
APELADO: CAIXA BENEFICENTE DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO-CABESP.
ORIGEM: 30ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATORA: DESA. LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. ENTIDADE DE AUTOGESTÃO. INAPLICABILIDADE DO CDC. INCIDÊNCIA DO ART. 423 DO CC/02. PACIENTE COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA (ART. 1º, § 1º, LEI 12.764/12): DEFICIÊNCIA DE COMUNICAÇÃO E INTERAÇÃO SOCIAL. CONSIDERADA PESSOA DEFICIENTE (ART. 1º, §2º, DA LEI 12.764/2012). IMPOSSIBILIDADE DE IMPEDIMENTO NA PARTICIPAÇÃO DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE (ART. 14, LEI 9.656/98 C/C ART. 5º, LEI 12.764/12). TRATAMENTO DIFERENCIADO. NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO MULTIPROFISSIONAL, CONFORME PRESCRIÇÃO MÉDICA. DIREITO ASSEGURADO AOS PORTADORES DE AUTISMO PELO ART. 3º, III, "B", DA LEI 12.764/2012. SESSÕES DE FONOAUDIOLOGIA, TERAPIA OCUPACIONAL E PSICÓLOGO (PSICOTERAPIA COMPORTAMENTAL – ABA). NÃO COMPROVAÇÃO DE PROFISSIONAIS ESPECIALISTAS CREDENCIADOS AO PLANO DE SAÚDE. ÔNUS DA PROVA

QUE INCUMBIA À APELADA (ART. 373, II, CPC/15). DEVER DE REEMBOLSO INTEGRAL DAS DESPESAS EFETUADAS PELO PACIENTE. POSSIBILIDADE. ARTS. 6º E 9º, DA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº. 268, DA ANS. MITIGAÇÃO DO ART. 12, VI, DA LEI 9.656/98 QUE PREVÊ REEMBOLSO NOS LIMITES DO CONTRATO. EFETIVAÇÃO DO EXERCÍCIO PLENO DO DIREITO À SAÚDE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS NORMAS INERENTES AO AUTISTA, AO DEFICIENTE E DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E IGUALDADE (ART. 1º, III E ART. 5º, *CAPUT*, DA CF/88). INCLUSÃO SOCIAL. LEI Nº 13.146/2015. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O apelante, menor impúbere, nascido em 26 de setembro de 2012, é portador do Transtorno de Espectro Austista e é beneficiário de plano de saúde ofertado pela Caixa Beneficente dos Funcionários do Banco do Estado de São Paulo – CABESP. Alega que o neuropediatra que o acompanha recomenda acompanhamento multidisciplinar de fonoaudiologia, terapia ocupacional e psicoterapia comportamental – ABA, a serem realizados por profissionais especializados e com capacidade técnica no assunto, contudo não credenciados ao plano de saúde.

2. De acordo com o art. 1º, § 1º, da Lei 12.764/12, são considerados portadores do Transtorno de Espectro Autista – TEA – aqueles que possuem deficiência persistente e clinicamente significativa

da comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; comportamentos motores ou verbais estereotipados ou sensoriais incomuns.

3. As pessoas nesta condição possuem amparo no ordenamento jurídico diferenciado, porquanto para todos os efeitos legais, são considerados pessoas com deficiência, de acordo com o art. 1º, § 2º, da Lei 12.764/12, e como tais seus direitos são protegidos não só pela Constituição Federal, como também pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada com status de emenda constitucional e promulgada pelo Decreto Legislativo nº 6.949/09; pela Lei 12.764/2012 (Lei de Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista) e pela Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Estatuto da Pessoa com Deficiência).

4. Com efeito, a edição de leis específicas para assegurar e proteger os direitos dos autistas e dos deficientes decorre especialmente da preocupação do legislador em potencializar a efetivação de princípios consagrados constitucionalmente, como o da dignidade da pessoa humana e igualdade, assegurados, respectivamente, nos art. 1º, III e art. 5º, *caput*, da Carta Magna, como também visa proporcionar o direito de inclusão social dessas pessoas.

5. Reunidas todas as exigências para a contratação do plano de saúde, cabe à prestadora do serviço, sabendo que o contratante possui condição de autismo ou dependente do contratante, a cobertura

necessária para atendimento multiprofissional, a teor do art. 3º, III, "b", da Lei 12.764/2012, com profissionais capacitados e especializados na melhor e mais avançada técnica para proporcionar o tratamento adequado ao paciente contratado, sob pena de ter que arcar com o reembolso das despesas com profissionais não credenciados.

6. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado, sendo abusiva a negativa de cobertura de procedimento, tratamento, medicamento ou material considerado essencial para sua realização de acordo com o proposto pelo médico.

7. No que concerne ao dever de reembolso, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – subscreveu a Resolução Normativa nº. 268, de 1º de setembro de 2011, a qual aduz, em seus arts. 6º e 9º, que na inexistência de prestador de serviço no local de abrangência do contrato, a operadora deve garantir a prestação do serviço por um prestador apto a realizar o devido atendimento, incluindo o transporte do beneficiário até o local onde ocorrerá o atendimento, e, caso haja descumprimento desta garantia, deve o plano de saúde reembolsar integralmente o usuário no prazo de até 30 (trinta) dias, abrangendo os gastos não só com o serviço, mas também com o deslocamento.

8. Ainda, em interpretação ao art. 12, inciso VI, da Lei 9.656/98, o Superior Tribunal de Justiça vem ampliando os casos de reembolso para as hipóteses que se revestirem de excepcionalidade, ou seja,

quando não houver profissionais ou hospitais habilitados na rede credenciada, não se limitando somente aos casos de urgência e emergência.
9. Indubitável que o presente caso se reveste da aludida excepcionalidade, pois se trata de paciente com Transtorno do Espectro Autista, devendo as despesas efetuadas com os profissionais de saúde não credenciados serem devidamente reembolsadas de forma integral, por não ter a apelada provado e nem se desincumbido do ônus de provar possuir profissionais com a especialização necessária ao tratamento do apelante (art. 373, II, CPC/15).
10. Com o fito de conferir maior utilidade social à norma, tendo como base a maior efetivação do exercício pleno do direito à saúde, cabe ao julgador interpretar de forma sistemática as normas inerentes às pessoas portadoras de Transtorno de Espectro Autista, aos deficientes, à luz dos princípios basilares da Constituição Federal da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Disso resulta a necessidade de mitigação, diante do caso concreto, do disposto no art. 12, inciso VI, da Lei 9.656/98, o qual limita o reembolso ao previsto no contrato, ou seja, aos valores da tabela do plano de saúde, de modo a garantir o reembolso integral e a assegurar o efetivo tratamento de que necessita o paciente para seu pleno desenvolvimento físico e mental.
11. Logo, conclui-se que, por ser decorrência lógica da própria excepcionalidade que o caso se reveste, deverá a operadora do plano de saúde arcar com as despesas de forma integral e não apenas de acordo com os valores da tabela do plano.
12. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 3ª Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso para dar provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Guilherme Sobral Cavalcante Moura, representado por sua genitora Germana Sobral Cavalcante Leite, contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido autoral em ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais ajuizada pelo recorrente em face de Caixa Beneficente dos Funcionários do Banco do Estado de São Paulo – CABESP.

Na sentença (fls. 242/557), o magistrado *a quo* entendeu pelo direito do autor, menor impúbere, diagnosticado com Transtorno do Espectro Autista – TEA, em realizar acompanhamento multidisciplinar pelos profissionais especializados e indicados pelo médico que o acompanha, em número ilimitado de sessões de terapias necessárias para o seu tratamento de saúde, a ser reembolsado pela promovida dentro dos limites da contratação. Ao final, julgou parcialmente procedente o pedido autoral, afastando o direito à indenização por danos morais, e condenou o autor ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, cuja exigibilidade ficou suspensa em virtude de ser beneficiário da justiça gratuita, nos termos do art. 98, §3º, do CPC-15.

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação (Fls. 264/276), irresignando-se unicamente contra o capítulo da sentença que condenou a promovida ao reembolso das sessões de terapias de acordo com o previsto no contrato. Deixou o autor de recorrer da improcedência do pedido de danos morais.

O apelante relata que necessita de acompanhamento multidisciplinar, realizado por fonoaudiólogo, terapeuta ocupacional e

psicólogo (psicoterapia comportamental – ABA) indicados pelo médico que o acompanha e em sessões localizadas no Centro Especializado em Autismo e outros Transtornos do Desenvolvimento (fls. 266/267), sob pena de sofrer prejuízos funcionais importantes na sua interação social, desenvolvimento da comunicação social verbal e não verbal e na persistência de comportamento estereotipados. O apelante alega que o magistrado *a quo*, ao autorizar um reembolso de valor ínfimo, como o oferecido atualmente pelo plano, retira de seus genitores as condições de continuar o tratamento necessário à melhora de sua vida, visto que os valores que seus pais precisam despender para complementar o custo do tratamento superam em muito suas possibilidades financeiras, escapando, deste forma, da justiça que se almeja quando se busca auxílio judicial. Ao final, o apelante requer a reforma da sentença para que seja julgado procedente o pedido autoral, para condenar a promovida ao reembolso integral dos números de sessões de terapias realizadas no menor, além de consultas e exames particulares a serem realizados ou solicitados pelo médico que o acompanha.

Devidamente intimado, o apelado apresentou contrarrazões às fls. 280/301.

Remetidos os autos, a Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer (fls. 307/313), opinando pelo provimento do recurso, para reformar integralmente a sentença.

É o relatório.

VOTO

1. Sobre o juízo de admissibilidade do recurso

O recurso apresentado é tempestivo, pois a sentença foi disponibilizada no DJe em 04/05/2017 (fls. 259) e o recurso foi interposto em 28/05/2017 pela Defensoria Pública, a qual goza da prerrogativa de contagem de prazo em dobro.

Dispensa-se o pagamento do preparo, uma vez que o apelante é beneficiário da justiça gratuita, conforme fls. 257.

Há interesse recursal, visto que a presente impugnação é meio útil e necessário para a obtenção de uma situação mais favorável que a resultante da decisão atacada.

Do exposto, conheço do recurso.

2. Sobre o mérito recursal

De início, registre-se que o apelante interpôs recurso de apelação unicamente contra capítulo da sentença no qual o magistrado determinou o reembolso pelo plano de saúde dentro dos limites da contratação. O apelante em nada se manifesta sobre os danos morais julgados improcedentes requeridos na petição inicial, razão pela qual deve ser restringido o seu efeito devolutivo à matéria relativa ao reembolso pelo plano de saúde, nos termos do disposto no art. 1.013, §1º, do CPC-15.

> Art. 1.013.
> § 1o **Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo,**ainda que não tenham sido solucionadas, **desde que relativas ao capítulo impugnado.**

Pois bem.

O apelante é menor impúbere, nascido em 26 de setembro de 2012, portador de Transtorno de Espectro Autista e beneficiário de plano de saúde ofertado pela Caixa Beneficente dos Funcionários do Banco do Estado de São Paulo – CABESP. Alega que o neuropediatra que o acompanha recomenda acompanhamento multidisciplinar de fonoaudiologia, terapia ocupacional e psicoterapia comportamental – ABA, a serem realizados por profissionais especializados e com capacidade técnica no assunto, contudo não credenciados ao plano de saúde.

Conforme relatório médico do aludido profissional que acompanha o autor (fls. 58):

> "O paciente preenche critérios internacionais segundo o DSM 5 para Transtorno do Espectro Autista Leve e Moderado e pela CID10 para Autismo Atípico.

> **Faz acompanhamento multidisciplinar de forma continuada com psicopedagogia, fonoaudiologia, terapia ocupacional e psicoterapia, obviamente com profissionais adequadamente treinadas e com experiência de terapia em transtorno.**
> **Indiquei o tratamento com a técnica ABA (Applied Behavior Analysis), modelo de terapia que tem maior evidência científica para pacientes com TEA com a Dra. Jessika Mota Natel Eirado CRP: 06/122605.**
> Dentre as terapias disponíveis para tratar o autismo, o Ensino Baseado em Análise do Comportamento Aplicada (ou Terapia ABA) apresenta os resultados mais promissores, Lovaas, em 1987, mostrou que 47% das crianças que realizaram a Terapia ABA por 40 horas semanais durantes dois anos deixaram de apresentar os comportamentos típicos do autismo, enquanto apenas 2% das crianças que não realizaram a terapia obtiveram ganhos semelhantes. Howard e colaboradores, em 2005, compararam a efetividade de um tratamento ABA intensivo (cerca de 30 horas por semana), composto por outras terapias comportamentais e sensoriais. Ambos os tipos de tratamento foram executados por 14 meses. O grupo de participantes tratado com ABA mostrou melhores resultados em tarefas cognitivas, sociais e de linguagem em comparação ao grupo que recebeu tratamento eclético".

O apelante irresigna-se contra a sentença unicamente pelo fato do magistrado *a quo*ter restringido o reembolso das despesas com sessões de terapia aos limites da contratação, ou seja, aos valores da tabela da CABESP. Em outras palavras, o juiz entendeu pelo dever do plano de saúde em reembolsar as despesas realizadas pelo autor com profissionais não credenciados, um deles especializados no método ABA, e indicados na petição inicial, contudo limitando o valor do reembolso àqueles previstos na tabela da CABESP.

A decisão vergastada merece reproche, vez que, aos autistas, deve ser assegurado o reembolso integral e não apenas o ressarcimento de acordo com os valores previstos na tabela do plano de saúde, pelas seguintes razões.

2.1. Pessoas Portadores de Transtorno do Espectro Autista (art. 1º, § 1º, Lei 12.764/12)

De acordo com o art. 1º, § 1º, da Lei 12.764/12, são considerados portadores do Transtorno de Espectro Autista - TEA - aqueles que possuem deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; comportamentos motores ou verbais estereotipados ou sensoriais incomuns. *Ex vi:*

> Art. 1o. [...]
> § 1o **Para os efeitos desta Lei, é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos I ou II:**
> I - deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento;
> **II - padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos.**

As características expostas no artigo em epígrafe demonstram, nitidamente, a necessidade do autista em receber tratamento diferenciado tanto na esfera jurídica como na saúde, ao qual o julgador não deve olvidar.

2.2. Equiparação do TEA à Deficiência (art. 1º, § 2º, Lei 12.764/12)

Os pacientes portadores de "Transtorno de Espectro Autista" (TEA), conforme classificação da Associação Americana de Psiquiatria descrita

no DSM-5 (*Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais),* amparo no ordenamento jurídico diferenciado, a par dos demais casos de saúde.

Isso porque o portador de "Transtorno de Espectro Autista" (TEA), para todos os efeitos legais, é considerado pessoa com deficiência, na forma do art. 1º, § 2º, da Lei 12.764/12, e como tal seus direitos são protegidos não só pela Constituição Federal, como também pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada pela primeira vez pelo Congresso Nacional com status de emenda constitucional e promulgada pelo Decreto Legislativo nº 6.949/09; pela Lei 12.764/2012 (Lei que Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista) e pela Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Estatuto da Pessoa com Deficiência). Neste sentido, veja-se o que preleciona o Lei 12.764/12:

> Art. 1o. (...)
> § 1o **Para os efeitos desta Lei, é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos I ou II:**
> [...].
> § 2o **A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais.**

Com efeito, a edição de leis específicas para assegurar e proteger os direitos dos autistas e dos deficientes decorre especialmente da preocupação do legislador em potencializar a efetivação de princípios consagrados constitucionalmente, como o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade, assegurados, respectivamente, nos art. 1º, III, e art. 5º, *caput*, da Carta Magna, como também visa proporcionar o direito de inclusão social dessas pessoas.

No âmbito da aplicação do direito ao caso concreto, incumbe ao julgador a concreção do alcance das aludidas normas com objetivo de inclusão social dessas pessoas nas mais diversificadas esferas jurídicas,

especialmente no direito à saúde, mediante a interpretação sistemática das normas pertinentes, de modo a assegurar o exercício pleno e equitativo dos direitos fundamentais e garantias constitucionalmente previstos.

É cediço que a Constituição Federal incentiva a inclusão social dos deficientes, dentre eles inseridos os autistas, garantindo o direito à saúde, pelos entes públicos e por particulares, sobretudo quando o deficiente se tratar de criança ou adolescente, o qual merecem atenção especial, tendo, inclusive, previso a criação de de uma lei específica para tais fins, no caso, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº. 13.146 de 2015).

Coadunando-se com o senso de inclusão social promovido pela CF/88, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo nº. 6.949/09), aprovada pelo Congresso Nacional com status de emenda constitucional em 2008, ressalta a proteção à igualdade das crianças com deficiência, garantindo-lhes que deverão ser tratadas em igualdade de oportunidades com as demais crianças, *in verbis*:

> Artigo 7
> Crianças com deficiência
> 1. **Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças.**
> **2. Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial.**

Por tais razões, previu o legislador tratamento diferenciado às pessoas com condição de autismo, de forma a tutelar seus direitos e garantir seus acessos à um digno tratamento por equipe multidisciplinar.

2.3. Do Direito à Tratamento de Saúde Especializada

Nesse passo, as pessoas com transtorno do espectro autista fazem jus a atendimento multiprofissional, composto especialmente por

fonoaudiologia, terapia ocupacional e psicoterapia comportamental – ABA, que contribua para o seu progressivo desenvolvimento, como bem prevê a Lei 12.764/2012 , em seu art. 3º:

> **Art. 3o São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:**
> [...]
> **III - o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde, incluindo:**
> a) o diagnóstico precoce, ainda que não definitivo;
> **b) o atendimento multiprofissional;**
> c) a nutrição adequada e a terapia nutricional;
> d) os medicamentos;
> e) informações que auxiliem no diagnóstico e no tratamento;

As pessoas portadoras do TEA contam também com o art. 14, da Lei 9.656/98 e art. 5º, da Lei 12.764/12, assim como a Lei nº 13.146/15, que garante aos deficientes os serviços de saúde em estabelecimentos públicos e privados e estipula a obrigatoriedade das operadoras de planos e seguros privados de saúde a proporcionarem à pessoa com deficiência, no mínimo, todos os serviços e produtos ofertados aos demais clientes, *in verbis:*

> **Lei nº. 9.656/98**
> Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou **da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.**
>
> **Lei nº. 12.764/12**
> **Art. 5o A pessoa com transtorno do espectro autista não será impedida de participar de planos privados de assistência à saúde em razão de sua condição de pessoa com deficiência, conforme dispõe o art. 14 da Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998.**
>
> **Lei nº. 13.461/15**
> **Art. 20. As operadoras de planos e seguros privados de saúde são obrigadas a garantir à pessoa com deficiência,**

> **no mínimo, todos os serviços e produtos ofertados aos demais clientes.**
>
> Art. 23. São vedadas todas as formas de discriminação contra a pessoa com deficiência, inclusive por meio de cobrança de valores diferenciados por planos e seguros privados de saúde, em razão de sua condição.
>
> **Art. 24. É assegurado à pessoa com deficiência o acesso aos serviços de saúde, tanto públicos como privados, e às informações prestadas e recebidas, por meio de recursos de tecnologia assistiva e de todas as formas de comunicação previstas no inciso V do art. 3o desta Lei.**

Nesse passo, conforme acima colacionado, a Lei nº 13.146/2015, em seus arts. 20, 23 e 24, assegura a não discriminação dos deficientes, vedando inclusive cobrança de valores diferenciados pela simples condição de seu estado físico de saúde.

As operadoras de planos de saúde, ao firmarem contrato com pessoas portadoras de Transtorno do Espectro Autista ou com quem tenha dependente nessa condição, sabendo de tal fato, não se eximem do cumprimento das antes citadas leis, alegando que as desconhecem ou que a elas não se sujeitam. Ora, é regra basilar do Direito que "*Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*", a teor do art. 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Reunidas todas as exigências para a contratação do plano de saúde, cabe à prestadora do serviço, sabendo que o contratante é autista ou dependente do contratante, a cobertura necessária para atendimento multiprofissional, com profissionais capacitados e especializados na melhor e mais avançada técnica para proporcionar o tratamento adequado ao paciente contratado, sob pena de ter que arcar com o reembolso das despesas com profissionais não credenciados.

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado, sendo abusiva

a negativa de cobertura de procedimento, tratamento, medicamento ou material considerado essencial para sua realização de acordo com o proposto pelo médico. Veja-se:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE TRATAMENTO. MATÉRIA QUE DEMANDA REEXAME DE FATOS E PROVAS. SUMULA 7 DO STJ. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO FIRMADO NO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.
> 1. **É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que: "O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado, sendo abusiva a negativa de cobertura do procedimento, tratamento, medicamento ou material considerado essencial para sua realização de acordo com o proposto pelo médico."**.Incidência da Súmula 83/STJ.
> 2. A conclusão do acórdão recorrido de que houve injusta e abusiva negativa de cobertura a tratamento essencial para a recorrida, de acordo com seu médico, demandaria, necessariamente, reexame do conjunto fático - probatório dos autos, o que é vedado em razão do óbice da Súmula 7 do STJ.
> 3. Agravo interno não provido. (**STJ**, AgInt no AREsp 1181628/SP, **Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO**, QUARTA TURMA, julgado em 06/03/2018, **DJe 09/03/2018**)
>
> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - PLANO DE SAÚDE - RECUSA INDEVIDA DE CUSTEIO DE MEDICAMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA RÉ.
> 1. [...]
> 3. **Ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor), revela-se abusivo o preceito excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico voltado à cura de doença**

> **coberta.**
> **Precedentes.**
> **Ressalte-se também que, nos termos da jurisprudência desta Corte, "os planos de saúde podem, por expressa disposição contratual, restringir as enfermidades a serem cobertas, mas não podem limitar os tratamentos a serem realizados, inclusive os medicamentos experimentais" (AgInt no AREsp 1.014.782/AC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/8/2017, DJe 28/8/2017), entre outros.** Incidência da Súmula 83/STJ. 4. Agravo interno desprovido. (**STJ**, AgInt no REsp 1685177/SP, **Rel. Ministro MARCO BUZZI**, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2018, **DJe 08/03/2018)**

Desse modo, o médico ou o profissional habilitado - e não o plano de saúde - é quem deve estabelecer a orientação terapêutica a ser dada ao usuário acometido de enfermidade ou condição patológica, tendo em vista o atendimento à finalidade que deu origem ao vínculo contratual e ao próprio princípio geral da boa-fé que rege as relações no direito privado.

2.4. Do Reembolso Integral

Em que pese o Superior Tribunal de Justiça ter firmado jurisprudência no sentido de que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor às entidades de autogestão, como é o caso da CABESP, deve ser aplicado o disposto no art. 423 do Código Civil, a qual prevê que as cláusulas ambíguas ou contraditórias devem ser interpretadas em favor do contratante.

Em outras palavras, quando houver previsão contratual de cobertura da doença e respectiva prescrição médica do meio para o restabelecimento da saúde, independente da incidência das normas consumeristas, é dever da operadora de plano de saúde oferecer o tratamento indispensável ao usuário. No mesmo sentido, transcreve-se a seguir precedente do Superior Tribunal de Justiça. *Ex vi*:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COMPENSAÇÃO

POR DANOS MORAIS. DECISÃO UNIPESSOAL. AGRAVO REGIMENTAL. NULIDADE. INEXISTENTE. PLANO DE SAÚDE. ENTIDADE DE AUTOGESTÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULAS AMBÍGUAS E GENÉRICAS. INTERPRETAÇÃO EM FAVOR DO ADERENTE. NEGATIVA DE COBERTURA DE TRATAMENTO. SÍNDROME CARCINOIDE. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. DANOS MORAIS. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. AGRAVAMENTO PSICOLÓGICO. VALOR ARBITRADO. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS RECURSAIS. LIMITE MÁXIMO ATINGIDO.

1. [...]

4. A Segunda Seção do STJ decidiu que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo.

5. **A avaliação acerca da abusividade da conduta da entidade de autogestão ao negar cobertura ao tratamento prescrito pelo médico do usuário atrai a incidência do disposto no art. 423 do Código Civil, pois as cláusulas ambíguas ou contraditórias devem ser interpretadas em favor do aderente.**

6. **Quando houver previsão contratual de cobertura da doença e respectiva prescrição médica do meio para o restabelecimento da saúde, independente da incidência das normas consumeristas, é dever da operadora de plano de saúde oferecer o tratamento indispensável ao usuário.**

7. **O médico ou o profissional habilitado - e não o plano de saúde - é quem estabelece, na busca da cura, a orientação terapêutica a ser dada ao usuário acometido de doença coberta. Precedentes.**

8. **Esse entendimento decorre da própria natureza do Plano Privado de Assistência à Saúde e tem amparo no princípio geral da boa-fé que rege as relações em âmbito privado, pois nenhuma das partes está autorizada a eximir-se de sua respectiva obrigação para frustrar a própria finalidade que deu origem ao vínculo contratual.**

> 9. Honorários advocatícios recursais não majorados, pois fixados anteriormente no patamar máximo de 20% do valor da condenação.
> 10. Recurso especial conhecido e não provido. (**STJ**, REsp 1639018/SC, **Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI**, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018**, DJe 02/03/2018)**

In casu, verifica-se que, em contestação, a CABESP não nega o direito da genitora do menor, portador de Trastorno de Espectro Autista, em ser reembolsada, contudo alega que vem efetuando o ressarcimento de acordo com os valores previstos no contrato (tabela) para pagamento de um profissional credenciado (fls. 100).

Desse modo, não nega que há cobertura da doença, não podendo, portanto, eximir-se de prestar atendimento multiprofissional de acordo com a orientação terapêutica prescrita pelo médico, mormente não ter a apelada provado e nem se desincumbido do ônus de provar possuir profissionais com a especialização necessária ao tratamento do apelante, na forma do art. 373, II, CPC/15. *Ipsis litteris:*

> **Art. 373. O ônus da prova incumbe:**
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
> II - **ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.**

Após minuciosa análise do Regimento do Plano, no que dispõe sobre o reembolso, constatou-se que há previsão de reembolso de valores gastos na utilização dos serviços de profissionais ou entidades não credenciadas, conforme sua tabela vigente na data da solicitação, *in verbis:*

> Art. 26. **A CABESP reembolsará os valores gastos pelos beneficiários na utilização dos serviços de profissionais ou entidades não credenciadas, conforme sua tabela vigente na data da solicitação – ADITIVO 1.**
> §1º. A tabela de reembolso será reajustada sempre que houver reajuste da Tabela CABESP, suas UR's – Unidades de Reembolso, ou quaisquer outros indexadores nela constantes.

Observa-se que o regimento do plano coaduna-se com a previsão da Lei de Planos de Saúde (Lei 9.656/98), em relação a reembolso de profissionais não credenciados, conforme art. 12, inciso VI, da Lei 9.656/98, *in verbis*:

> Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:
> (...)
> VI - **reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nos limites das obrigações contratuais**, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, **quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto,** pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada

Ressalte-se que a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – subscreveu a Resolução Normativa nº. 268, de 1º de setembro de 2011, a qual aduz, em seus arts. 6º e 9º, que na inexistência de prestador de serviço no local de abrangência do contrato, a operadora deve garantir a prestação do serviço por um prestador apto a realizar o devido atendimento, incluindo o transporte do beneficiário até o local onde ocorrerá o atendimento, e, caso haja descumprimento desta garantia, deve o plano de saúde reembolsar integralmente o usuário no prazo de até 30 (trinta) dias, abrangendo os gastos não só com o serviço, mas também com o deslocamento. Veja-se:

> **Art. 6º** Na hipótese de inexistência de prestador, seja ele integrante ou não da rede assistencial, que ofereça o serviço de urgência e emergência demandado, no mesmo município,

> nos municípios limítrofes a este e na região de saúde à qual faz parte o município, desde que pertencentes à área geográfica de abrangência e à área de atuação do produto, a operadora deverá garantir o transporte do beneficiário até um prestador apto a realizar o devido atendimento, assim como seu retorno à localidade de origem, respeitado o disposto no inciso XIV do art. 3º.
>
> **Parágrafo único**. O disposto no *caput* dispensa a necessidade de autorização prévia, respeitando as Resoluções CONSU nº 08 e 13, de 1998, ou os normativos que vierem a substituí-las."(NR)
>
> **Art. 9º Na hipótese de descumprimento do disposto nos arts. 4º, 5º ou 6º, caso o beneficiário seja obrigado a pagar os custos do atendimento, a operadora deverá reembolsá-lo integralmente no prazo de até 30 (trinta) dias, contado da data da solicitação de reembolso, inclusive as despesas com transporte.**
>
> […]
>
> **§ 4º Nas hipóteses em que existe responsabilidade da operadora em transportar o beneficiário, caso este seja obrigado a arcar com as despesas de transporte, a operadora deverá reembolsá-lo integralmente.**

Verifica-se, portanto, que a própria agência reguladora dos planos de saúde determina o reembolso integral dos serviços realizados particularmente, inclusive o transporte ao local da prestação do serviço, nos casos em que a operadora não dispõe, na localidade em que se encontra o beneficiário, de médico e/ou demais profissionais com a expertise/especialidade necessária ao tratamento de uma doença ou condição patológica, no caso, o autismo.

Corroborando o entendimento da RN nº. 268/2011, em interpretação do art. 12, inciso VI, da Lei 9.656/98, o Superior Tribunal de Justiça vem ampliando os casos de reembolso para as hipóteses que se revestirem de excepcionalidade, ou seja, quando não houver profissionais ou hospitais habilitados na rede credenciada, não se limitando somente aos casos de urgência e emergência. Veja-se:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. DESPESAS REALIZADAS EM HOSPITAL NÃO CONVENIADO. REEMBOLSO APENAS PARCIAL. PREVISÃO CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE DE EXCEPCIONALIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> 1. A jurisprudência desta Corte entende que o reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado é admitido apenas em casos especiais **(inexistência de estabelecimento credenciado no local,** recusa do hospital conveniado em receber o paciente, urgência da internação). (…) (**STJ**, AgRg no AREsp 581.911/SP, **Rel. Ministro RAUL ARAÚJO**, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2015, **DJe 18/02/2015**)

Indubitável que o presente caso se reveste da aludida excepcionalidade, pois se trata de paciente com Transtorno do Espectro Autista, devendo as despesas efetuadas com os profissionais de saúde não credenciados serem devidamente reembolsadas, contudo de forma integral.

Com o fito de conferir maior utilidade social à norma, tendo como base a maior efetivação do exercício pleno do direito à saúde, cabe ao julgador interpretar de forma sistemática as normas inerentes às pessoas portadoras de Transtorno do Espectro Autista, aos deficientes, à luz dos princípios basilares da Constituição Federal da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e a inclusão social.

Disso resulta a necessidade de mitigação, diante do caso concreto, do disposto no art. 12, inciso VI, da Lei 9.656/98, o qual limita o reembolso ao previsto no contrato, ou seja, aos valores da tabela do plano de saúde, de modo a garantir o reembolso integral e a assegurar o efetivo tratamento de que necessita o paciente para seu pleno desenvolvimento físico e mental, da forma como tem pacificamente decidido o STJ, conforme se verificou nos precedentes colacionados neste pronunciamento judicial.

Ora, refoge ao princípio da razoabilidade autorizar reembolso de valor ínfimo, como o oferecido atualmente pelo plano, um vez que retira dos genitores do menor autista as condições de continuar o tratamento necessário

à melhora da vida da criança, considerando que os valores os quais seus pais precisam despender para complementar o custo do tratamento superam em muito suas possibilidades financeiras, escapando, deste forma, da justiça que se almeja quando se busca auxílio judicial.

Ademais, **a operadora de plano de saúde, ora apelada, não foi capaz de comprovar que possui, dentre os profissionais credenciados, fonoaudióloga, terapeuta ocupacional e psicólogo com a capacitação necessária (método ABA) requerida neste caso, conforme prescrição médica.**

Logo, conclui-se que, por ser decorrência lógica da própria excepcionalidade que o caso se reveste, deverá a operadora do plano de saúde arcar com as despesas de forma integral e não apenas de acordo com os valores da tabela do plano, especialmente por se tratar de pessoa deficiente, portadora de Transtorno de Espectro Autista, submetida a tratamento diferenciado, na esteira do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade (arts. 1º, III, e 5º, *caput*, ambos da CRFB/88) e mediante interpretação sistemática das normas a ela inerentes, quais sejam, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Decreto Legislativo nº 6.949/09); Lei 12.764/2012 (Lei da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista) e pela Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Estatuto da Pessoa com Deficiência), tudo corroborado pela sedimentada jurisprudência do STJ.

Assim, a sentença vergastada merece ser reformada para condenar a promovida, ora apelada, na obrigação de oferecer quantas sessões de terapia ocupacional, fonoaudiologia e psicologia – incluído o método ABA, que o menor venha a necessitar junto aos profissionais indicados na solicitação do médico assistente – neuropediatra Dr. André Luiz Santos Pessoa. No caso de referidos terapeutas continuarem sem atender pelo plano de saúde CABESP, que os genitores possam, ao final de cada mês, mediante a apresentação dos respectivos recibos, notas ou faturas emitidos pela referida equipe multidisciplinar, fazer os correspondentes pedidos, junto ao plano, de reembolso integral dos números de sessões realizadas na criança, além de poderem os pais do menor solicitarem à requerida o reembolso integral

de consultas e exames particulares a serem realizados ou solicitados junto ao médico assistente.

4. Dispositivo

Ante o exposto, **conheço do recurso para dar-lhe provimento,** a sentença ser parcialmente reformada para condenar a promovida, ora apelada, na obrigação de oferecer quantas sessões de terapia ocupacional, fonoaudiologia e psicologia – incluído o método ABA, que o menor venha a necessitar junto aos profissionais indicados na solicitação do médico assistente – neuro pediatra Dr. André Luiz Santos Pessoa. No no caso de referidos terapeutas continuarem sem atender pelo plano de saúde CABESP, que os genitores possam, ao final de cada mês, mediante a apresentação dos respectivos recibos, notas ou faturas emitidos pela referida equipe multidisciplinar, fazer os correspondentes pedidos, junto ao plano, de reembolso integral dos números de sessões realizadas na criança, além de poderem os pais do menor solicitarem à requerida o reembolso integral de consultas e exames particulares a serem realizados ou solicitados junto ao médico assistente.

Diante da inversão de sucumbência operada pelo provimento do recurso, condeno a parte promovida, ora apelada, a arcar com as custas processuais e a pagar – considerando a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para o serviço – honorário advocatícios na quantia de 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa ao causídico da parte apelante.

Em relação aos honorários recursais, majoro os honorários advocatícios, ora fixados, em favor da apelante, para 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, sobretudo em razão do grau de zelo do causídico, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/15.

É como voto.

Fortaleza, 30 de maio de 2018.

PROCESSO: 0164257-17.2011.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADOS: BERENI DIMAS DE OLIVEIRA SEVERINO E ARIANA OLIVEIRA DE SOUZA
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA. DESCABIMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE DENUNCIAÇÃO À LIDE. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO REGRESSIVA ESPECÍFICA. MÉRITO. MORTE DE DETENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO (ART. 37, § 6º, DA CF/88). DEVER DE PROMOVER A SEGURANÇA E ZELAR PELA INTEGRIDADE FÍSICA DO PRESO (ART. 5º, INC. XLIX, DA CF/88). PRECEDENTES DO STJ E DO STF (TESE DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 592, RE 841.526). DANO MORAL CARACTERIZADO. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. PRECEDENTE DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS PELO TRABALHO ADICIONAL EM GRAU RECURSAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Afasta-se a preliminar de ilegitimidade ativa de Bereni Dimas de Oliveira Severino, pois as certidões de casamento e de óbito, que gozam

de presunção relativa de veracidade e possuem fé pública, dão conta de que o vínculo conjugal não fora dissolvido, inexistindo prova material em contrário.
2. É descabido o deferimento da denunciação à lide por esta Corte de Justiça, haja vista que a adoção desta espécie de intervenção de terceiros nesta etapa prejudicaria o regular trâmite da demanda, ofendendo os princípios da celeridade e da economia processual. Além disso, o STJ firmou orientação no sentido de que a denunciação à lide apenas é obrigatória diante da perda do direito de regresso, o que não acontece na situação vertente, na qual o Estado do Ceará pode tentar obter o ressarcimento através de ação específica para tanto. Prejudicial rejeitada.
3. O cerne da controvérsia restringe-se à existência ou não do dever de o Estado do Ceará indenizar as apeladas, esposa e filha do *de cujus*, pelos danos morais e materiais sofridos em decorrência da morte de detento no interior de Cadeia Pública.
4. Nos termos do art. 37, § 6º, da CF/1988, é objetiva a responsabilidade estatal por omissão do Poder Público em impedir a ocorrência do evento danoso quando tinha obrigação legal específica de fazê-lo, como na hipótese vertente, no caso o descumprimento do dever de manter a incolumidade física e moral dos presos (art. 5º, inc. XLIX, da CF/88); admite-se, contudo, prova, a cargo do ente público, de eventual excludente do nexo da causalidade. Precedentes do STF e STJ.
5. *In casu*, depreende-se a falha no dever de vigilância e segurança do preso (art. 5º, inc. XLIX,

da CF/88) por parte do Estado do Ceará, ao qual cabia zelar pela estrutura física do estabelecimento prisional e adotar a cautela necessária ao proceder o recolhimento do preso em sua dependência, colocando-o em cela adequada para preservar-lhe a integridade.

6. Ausente a culpa exclusiva da vítima, pois, consoante se deduz dos depoimentos colhidos na via administrativa, não há falar em qualquer conduta inadequada por parte do detento, que veio a óbito em virtude dos ferimentos sofridos ao ser atingido pelo portão frontal da cadeia, que descarrilhou e tombou em cima da vítima.

7. Resta caracterizada a responsabilidade civil objetiva do apelante ante a verificação do fato danoso e do nexo de causalidade.

8. Presente o dano moral, decorrente do falecimento do preso, esposo e genitor das promoventes. Apresenta-se, portanto, razoável o *quantum* fixado pelo Judicante singular em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pois este se afigura proporcional e adequado às circunstâncias fáticas descritas nos fólios e ao caráter pedagógico e compensatório da indenização. Precedente do STJ.

9. Honorários advocatícios majorados.

10. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer da apelação para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 28 de maio de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado do Ceará em face de sentença (p. 226-237) proferida pelo Juiz de Direito Fernando Teles de Paula Lima, da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE, na qual julgou parcialmente procedente o pedido de indenização por danos morais e materiais formulado por Bereni Dimas de Oliveira Severino e Ariana Oliveira de Souza, nestes termos:

> DIANTE DO EXPOSTO, julgo parcialmente procedente os pedidos para **(I) condenar o promovido a pagar às promoventes a reparação dos danos morais no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)**, com acréscimo de correção monetária incidente, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, consoante Lei nº 11.960/09, a partir deste arbitramento, conforme inteligência da súmula 362 do STJ e (II) indeferir o pedido de pensão alimentícia.
> Sem custas (art. 5º da Lei Estadual nº 16.132/16).
> Condeno o promovido ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, estes no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), consoante art. 85, § 3º, I, do NCPC, com correção monetária incidente, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, consoante Lei nº 11.960/09.
> Sentença não sujeita a reexame necessário (art. 495 do CPC).

Na sentença objurgada, o Judicante singular deliberou que: a) trata-se de pedido de indenização promovido pela esposa e filha de Tomaz Severino Neto, detento que veio a óbito na Cadeia Pública de Acopiara por ser vítima da queda de um portão do estabelecimento prisional; b) resta caracterizada a responsabilidade estatal pelos danos causados pela morte de preso que se encontrava sob sua custódia, notadamente pela "falta de

vistoria e cuidados mínimos com a estrutura do presídio, imprescindível, não apenas para a segurança dos presos" (p. 230); c) é devida a indenização pelos infortúnios morais sofridos; e d) é descabida a fixação de pensionamento mensal.

Irresignado com o teor dessa decisão, o Estado do Ceará apresentou apelação (p. 243-256), na qual alega, em suma: a) a ilegitimidade ativa de Bereni Dimas de Oliveira Severino; b) a necessidade de denunciação à lide da empresa AMP Engenharia Ltda., contratada para construir e instalar o portão de entrada, que fatalmente caiu sobre a vítima; c) a ausência dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, pois inexiste ato ilegal a ser atribuído aos agentes públicos; d) a culpa exclusiva da vítima, pois "o detento não observou que havia deixado o portão fora dos trilhos, o que resultou no tombamento desse por cima do preso, vindo a causar o traumatismo craniano que lhe tirou a vida" (p. 249); e e) ser indispensável a diminuição do importe fixado a título de indenização por danos morais.

Transcurso *in albis* do prazo para contrarrazões (certidão de p. 263).

Em 02.02.2018, os autos foram a mim distribuídos por sorteio no âmbito da 1ª Câmara de Direito Público (Termo de p. 266).

Ausente o interesse público (art. 178 do CPC), deixei de remeter os autos à Procuradoria-Geral de Justiça.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

Ab initio, impende afastar a preliminar de ilegitimidade ativa de Bereni Dimas de Oliveira Severino, porquanto, não obstante as notícias jornalísticas colacionadas aos autos (p. 29-30) mencionarem que o *de cujus* estava divorciado da referida autora, as certidões de casamento (p. 18-19) e de óbito (p. 20) dão conta que o vínculo conjugal não fora dissolvido.

Tais documentos gozam de presunção relativa de veracidade e possuem fé pública, podendo ser elididos apenas por prova robusta em

contrário, o que não ocorreu, pois inexiste nos autos prova material da suposta separação de fato alegada pelo Estado do Ceará.

Ao revés, pelo depoimento prestado pela testemunha Vanduí Bezerra de Sousa, armazenado em mídia digital (Termo de audiência de p. 187), depreende-se que o falecido deixou esposa e dois filhos.

Por tais motivos, rejeito a preliminar.

Outrossim, considero ser descabido o deferimento da denunciação à lide da empresa AMP Engenharia Ltda. por esta Corte de Justiça, haja vista que a adoção desta espécie de intervenção de terceiros nesta etapa prejudicaria o regular trâmite da demanda, ofendendo os princípios da celeridade e a economia processual.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que a denunciação da lide apenas é obrigatória diante da perda do direito de regresso, o que não acontece na situação vertente, já que o Estado do Ceará pode tentar obter o ressarcimento em desfavor da empresa responsável pela construção da Cadeia Pública de Acopiara-CE através de ação específica para tanto.

Do STJ, cito precedente aplicável, *mutatis mutandis*, à espécie:

> PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE DENUNCIAÇÃO À LIDE. AGRAVO INTERNO DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES-DNIT DESPROVIDO.
>
> 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que, nas ações indenizatórias decorrentes da responsabilidade civil objetiva do Estado, não é obrigatória a denunciação à lide. Precedentes: AgInt no AREsp. 1.071.054/PI, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 31.8.2017; REsp. 1.666.024/BA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 30.6.2017. 2. Agravo Interno do DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES-

> DNIT desprovido. (AgInt no REsp 1514462/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 06/12/2017)

Ultrapassadas as questões preliminares, passo ao exame do mérito da insurgência recursal.

Cuida-se de apelação cível interposta pelo Estado do Ceará em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado por Bereni Dimas de Oliveira Severino e Ariana Oliveira de Souza, condenando o ente público ao pagamento de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de indenização pelos danos morais em virtude da morte de Tomaz Severino Neto, respectivamente cônjuge e genitor das autoras, quando encontrava-se recolhido na Cadeia Pública de Acopiara.

O artigo 37, § 6º, da CF/1988 prescreve a responsabilidade objetiva da Administração Pública, ao dispor que:

> Art. 37, CF/1988. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte
> […]
> § 6º **As pessoas jurídicas de direito público** e as de direito privado prestadoras de serviços públicos **responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.** (grifei).

Especificamente quanto ao dever de o Estado promover a segurança e zelar pela integridade física e moral de todos os detentos sob sua custódia, o art. 5º, inc. XLIX, da CF/88, assim dispõe:

> 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:

> [...]
> XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

A jurisprudência dos tribunais superiores é uníssona no sentido de reconhecer a responsabilidade do ente público na hipótese de danos causados a preso custodiado em delegacia, presídio ou cadeia pública, sendo despicienda a análise de culpa ou dolo estatal no caso concreto, pois é dever do Estado prestar vigilância e segurança aos detentos.

A propósito, colaciono precedente do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. **SUICÍDIO**. DETENTO. CADEIA PÚBLICA. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANO MATERIAL. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.
> 1. Trata-se de pedido de indenização por dano material e moral contra o Estado de São Paulo em decorrência de suposto suicídio de detento por autoenforcamento, ocorrido em cela da Delegacia de Investigações Gerais da cidade de Marília/SP. 2. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado pela morte de detento em delegacia, presídio ou cadeia pública é objetiva, pois é dever do estado prestar vigilância e segurança aos presos sob sua custódia, portanto mostra-se equivocada a interpretação realizada pelo egrégio Tribunal bandeirante. 3. A melhor exegese da norma jurídica em comento é no sentido de que o nexo causal se estabelece entre o fato de o detento estar preso, sob proteção do Estado, e o seu subsequente falecimento. Não há necessidade de se inquirir sobre a existência de meios, pela Administração Pública, para evitar o ocorrido e, muito menos, se indagar sobre a negligência na custódia dos encarcerados. 4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (STJ. REsp 1671569/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017)

Acerca da matéria, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que "em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado

é responsável pela morte de detento." (Tese de Repercussão Geral nº 592, RE 841.526 (*leading case*), Relator Ministro Luiz Fux, DJE 29.07.2016), cuja ementa transcrevo na parte que interessa:

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
> **1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto paras as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.** 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. **3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.** 5. *Ad impossibilia nemo tenetur*, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se *contra legem* e a *opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, *v. g.*, homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. **7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado**

> **danoso**. **8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.** 9. *In casu*, o tribunal *a quo* assentou que inocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. (STF. RE 841526, Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

Conforme assentado no julgamento do mérito da Repercussão Geral do RE 841.526, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/1988, o Estado responde objetivamente, com fulcro na teoria do risco administrativo, pelos danos causados por seus agentes. Ademais, também é objetiva a responsabilidade estatal por omissão do Poder Público em impedir a ocorrência do evento danoso quando este tinha obrigação legal específica de fazê-lo, como, por exemplo, no caso do descumprimento do dever de manter a incolumidade física e moral dos presos (art. 5º, inc. XLIX, da CF/88).

Por outro lado, para evitar a adoção da teoria do risco integral, a Corte Suprema ressaltou ser incumbência do Estado demonstrar a falta do nexo de causalidade entre o fato lesivo e o dano injusto, podendo, mediante tal comprovação, exonerar-se do dever de indenizar.

Fixadas essas premissas, observo que *in casu* o Estado do Ceará alega inexistir o seu dever de reparar, pois o evento narrado não decorreu de ato ilegal a ser atribuído aos agentes públicos, mas sim, e tão somente, da culpa exclusiva da vítima, pois "o detento não observou que havia deixado o portão fora dos trilhos, o que resultou no tombamento desse por cima do preso, vindo a causar o traumatismo craniano que lhe tirou a vida" (p. 249). Sustenta, ainda, que estão ausentes os elementos necessários para a caracterização de sua responsabilidade civil.

Todavia, não assiste razão ao ente público.

Com efeito, a prova coligida aos fólios, especialmente a folha de informação (p. 68), os depoimentos colhidos durante o Inquérito Policial (p. 90-91) e o relatório final (p. 107-109), atesta que no dia 09.11.2010 o detento Tomaz Severino Neto foi atingido pelo portão frontal da cadeia, que descarrilhou e tombou em cima da vítima, a qual veio a falecer em virtude dos ferimentos sofridos.

Diferentemente das divagações recursais que tentam imputar ao *de cujus* a culpa exclusiva no incidente descrito nos autos, consoante se deduz dos mencionados depoimentos colhidos na via administrativa, não há falar em qualquer conduta inadequada por parte do falecido, *in verbis*:

> Por volta das sete horas da manhã estava de serviço no presídio local, quando o SD WAGNER chegava no presídio e o senhor TOMAZ detento do presídio foi abrir o portão grande de entrada para o SD WAGNER entrar. Que no momento de fechar o portão o TOMAZ já estava de costa e não viu quando o portão saiu dos trilhos e veio em sua direção caindo por cima do mesmo. Que TOMAZ foi socorrido pelo declarante, o SD WAGNER. CRISSE e MULATO, onde ainda foi levado com vida para o hospital Julia Barreto; […] (Termo de Depoimento de Carlos da Silva Leite, p. 90)

> […] por volta de sete horas da manhã, o declarante chegava no presídio, quando o detento TOMAZ foi abrir o portão grande do presídio para o declarante entrar; Que o TOMAZ assim que fechou o portão e ao se afastar o portão saiu dos trilhos e que a vítima ainda tentou segurar; Que o declarante ao correr para ajudar, o TOMAZ desequilibrou-se e o portão caiu por cima dele; [...] (Termo de Depoimento de Wagner Virgino de Lima, p. 91)

Por oportuno, transcrevo excerto do relatório final do Inquérito Policial nº 404-120/2010 (p. 107-109):

> Na inspeção visual feita no local, logo após o ocorrido, constatou-se que o portão frontal da cadeia não apresenta batedor (freio), tendo apenas um trilho condutor, a fim de guiar o portão (corrediço), elementos esses constatados nas fotografias encartadas nos autos. Em conclusão preliminar,

> não pericial, pode-se dizer mesmo antes da perícia, é **que o portão descarrilhou, tombando para o lado da vítima e produzindo as lesões que ocasionaram seu óbito.**

Decerto, como observou o Magistrado *a quo*, é possível concluir que o acidente descrito nos autos foi ocasionado pela irresponsabilidade estatal, notadamente pela "falta de vistoria e cuidados mínimos com a estrutura do presídio, imprescindível, não apenas para a segurança dos presos, mas de todos os que diretamente circulam naquele espaço e que poderiam ter sido vítimas desse evento" (p. 230).

Nesse contexto, baseado no dever de vigilância e segurança dos presos (art. 5º, inc. XLIX, da CF/88), é certo que cabia ao Estado adotar a cautela necessária ao proceder o recolhimento do preso em sua dependência, a fim de preservar a sua integridade, o que, ao que tudo indica, não ocorreu.

Com efeito, o material probatório juntado pela Fazenda Pública Estadual não é apto o suficiente para demonstrar o devido cumprimento do dever de custódia do preso; pelo contrário, indica restar caracterizada a culpa *in vigilando* do Estado.

Assim, entendo que a decisão atacada deve ser mantida quanto ao reconhecimento da responsabilidade objetiva do ente público (art. 37, § 6º, da CF/88), sendo despicienda a análise de culpa ou dolo estatal no caso concreto, pois restou comprovada a morte do preso em unidade prisional estadual.

Nego provimento, portanto, à apelação do Estado do Ceará neste ponto.

A respeito dos danos morais, não é preciso tecer maiores considerações, uma vez que o evento fatídico descrito nos autos resultou no falecimento do detento, esposo e genitor das promoventes, o que gera por si grandes impactos morais e financeiros aos seus familiares.

No tocante ao importe arbitrado a título de indenização por danos morais, entendo ser razoável o *quantum* fixado pelo Judicante singular em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pois este se afigura proporcional e adequado às circunstâncias fáticas descritas nos fólios, notadamente por se tratar da morte de um ente querido, e ao caráter pedagógico e compensatório da indenização.

Registre-se, outrossim, que o Superior Tribunal de Justiça, em situação similar à dos fólios, ou seja, no caso de falecimento de detento em estabelecimento prisional, concluiu ser plausível que os danos morais fossem fixados em R$ 100.000,00 (cem mil reais). Eis a ementa do julgado:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO NAS DEPENDÊNCIAS POLICIAIS. DANOS MORAIS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
> 1. "Somente em hipóteses excepcionais, quando estiver evidente que os danos morais foram fixados em montante irrisório ou exorbitante, é possível a esta Corte rever o valor arbitrado pelas instâncias ordinárias com esteio nos deslindes fáticos da controvérsia. *In casu*, os danos morais decorrentes da morte de detento em unidade prisional foram fixados em R$ 100.000,00 pelo Tribunal de origem; valor que não extrapola os limites da razoabilidade" (AgRg no AREsp 431.405/CE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 08/04/2014). 2. Na hipótese, o Tribunal *a quo*, ao considerar as circunstâncias fáticas do caso concreto - "natureza do dano sofrido, sua repercussão sobre o requerente e o caráter sancionador da medida, além dos demais critérios antes expostos" - entendeu por bem manter o montante de R$ 100.000,00 fixado na sentença, situação que impede a revisão nesta Corte, pois somente valores que fogem da razoabilidade são viáveis a flexibilizar o óbice da Súmula n. 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (STJ. 1ª Turma. AgRg no AREsp 474.046/MA. Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 01/09/2015, DJe 14/09/2015)

Em face do exposto, conheço da apelação interposta pelo Estado do Ceará, **para negar-lhe provimento**.

Levando em consideração o trabalho adicional realizado em grau recursal, por força da sucumbência do recorrente, majoro os honorários advocatícios para R$ 6.000,00 (seis mil reais).

É como voto.

RECURSO DE APELAÇÃO N. 0166730-05.2013.8.06.0001
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
apelado: ANA LÚCIA CARNEIRO CAMPELO CAVALCANTE
Relator: Des. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE APOSENTADORIA. AFASTAMENTO REMUNERADO. DESISTÊNCIA. RESTITUIÇÃO DOS PROVENTOS PROVISÓRIOS. DESCONTOS VENCIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS MAJORADOS.

1. Cuida-se de Recurso de Apelação com vistas a reforma da sentença de mérito que julgou procedente o pedido autoral e determinou que o Estado do Ceará abstenha-se de descontar nos vencimentos da autora os valores relativos a remuneração percebida durante seu período de afastamento para aposentadoria, bem como condenou o réu na devolução dos descontos já efetuados, devidamente corrigidos e acrescidos de juros de mora. Em suas razões o Estado alega, em resumo, que o fato de não ter havido contraprestação pela autora fundamenta a cobrança do montante pago no período de afastamento, com vistas a ressarcimento dos cofres públicos.

2. Alega a autora ser servidora pública, tendo solicitado no ano de 2002 a sua aposentadoria proporcional, sendo aceita pela administração estadual em outubro de 2007. Contudo, até agosto

de 2009 ainda não tinha terminado o procedimento de sua aposentadoria junto ao Tribunal de Contas, oportunidade em que requereu a desistência do mesmo, com o seu retorno as atividades do cargo público. Contudo, entendeu a administração estadual pela ilegalidade do pagamento dos proventos provisórios em favor da autora, ocasião em que determinou fossem realizados descontos mensais a fim de ressarcir os cofres públicos.

3. O processo administrativo, instado por ocasião do pedido de aposentadoria de um servidor, deverá ser concluído dentro de um lapso temporal razoável, qual seja, o período de 90 dias contados da data em que o funcionário ingressou com pedido frente ao órgão competente (art. 153 do Estatuto dos Funcionários Civis do Estado do Ceará, Lei n. 9.826/1974).

4. O ato concessivo da aposentadoria é complexo e de cunho declaratório, uma vez que conjuga a vontade de diversos órgãos e testifica uma situação já previamente existente, por isso a estipulação de prazo razoável, para que a Administração Pública, sem o afastamento do servidor, possa concluir o seu processo referente à inatividade. Caso contrário, se a finalização ultrapassar esse período, o servidor público será afastado, sem prejuízo de sua remuneração.

5. Autorizado legalmente e pela autoridade competente o afastamento da autora do cargo que ocupava, não se mostra razoável querer agora a administração estadual isentar-se do pagamento dos vencimentos/proventos provisórios em favor da autora/apelada, quando ela requereu sua

aposentadoria, mas por desídia administrativa, passados mais de sete anos, o referido ato não fora perfectibilizado.
6. Presente a boa-fé da autora quando do recebimento dos valores em discussão, bem como indene de dúvidas o caráter alimentar da referida verba. Restituição aos cofres públicos indevida.
7. Recurso de Apelação conhecido e desprovido. Sentença mantida. Honorários majorados para R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), por força do art. 85, §11, CPC/15.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara de Direito Público do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e à unanimidade, em conhecer o Recurso de Apelação, mas para negar-lhe provimento, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 02 de abril de 2018

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso de Apelação com vistas a reforma da sentença de mérito proferida pelo Juiz da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que julgou procedente o pedido autoral e "determinar que o Estado do Ceará abstenha-se de descontar nos vencimentos da autora os valores relativos a remuneração percebida durante seu período de afastamento para aposentadoria". Ainda, condenou o Estado do Ceará na "devolução dos descontos já efetuados, devidamente corrigidos e acrescidos de juros de mora".

Inicialmente, fora interposta Ação Ordinária por ANA LÚCIA CARNEIRO CAMPELO CAVALCANTE em desfavor do ESTADO DO CEARÁ, por meio da qual pleiteia a autora a suspensão dos descontos

efetuados em seus vencimentos e a restituição dos valores indevidamente descontados. Alega ser servidora pública desde o ano de 1982, tendo em dezembro de 2002 requerido sua aposentadoria com proventos proporcionais. Ocorre que, a despeito do deferimento do pedido em outubro de 2007, até agosto de 2009 não tinha sido perfectibilizada a aposentadoria da autora pelo Tribunal de Contas, ocasião em que ela requereu a desistência do pleito de aposentadoria, retornando ao seu antigo cargo de economista, Grupo Ocupacional Atividades de Nível Superior – ANS, onde permanece até os dias atuais. Alega que o réu entendeu indevido o pagamento realizado no período de afastamento da autora, de 2002 até 2009, realizando descontos mensais nos vencimentos da autora, com a finalidade de ressarcir os cofres público. Refere-se a autora a legalidade do seu afastamento, bem como o caráter alimentar do montante percebido e a sua boa-fé.

Em sua defesa, fls. 203/214, refere-se o Estado do Ceará, em resumo, ao fato de que durante o período do afastamento da autora inexistiu contraprestação que fundamente o pagamento dos vencimentos/proventos. Assim, legal a cobrança mensal realizada.

Réplica às fls. 218/224.

Em apreciação ao pleito autora, o Magistrado *a quo* proferiu a sentença de 240/246, por meio da qual, como dito, entendeu pela procedência da ação, suspendendo os descontos nos vencimentos percebidos pela autora e condenando o réu no ressarcimento dos valores já descontados, desde o seu retorno às atividades do cargo.

Inconformado, refere-se o Estado do Ceará em suas razões de apelo, fls. 251/264, ao fato de que "servidor ativo percebe remuneração ou subsídio por força de seu trabalho. Não ocorrido o último e desaparecida a causa legal para o pagamento até então realizado (justamente a inativação pendente), é de rigor a devolução, pois não existe, no ordenamento, respaldo para que o servidor ativo perceba sem trabalhar, ressalvadas raríssimas situações, como as férias". Assim, legais os descontos realizados pela Fazenda Estadual, com em ressarcir os cofres públicos do montante indevidamente percebido pela apelada. Ainda, alega que "o servidor que requereu aposentadoria, mas ainda não concluiu o procedimento, e pleiteia desistência, por outro lado,

mantém seu cargo/função, dado que dele não dissociado pelo jubilamento, porém devolve o que recebeu sem trabalhar pois a tais verbas não se aplica a natureza de proventos e sim a de remuneração/subsídio, que, em rigor, somente pode ser paga sem a contrapartida do trabalho quando presente autorização legal expressa, o que não é o caso".

Contrarrazões às fls. 268/274, por meio da qual a autora reforça os argumentos vertidos na inicial da Ação Ordinária em especial referindo-se à legalidade do seu afastamento, ao caráter alimentar dos valores percebidos e a sua boa-fé.

Os autos subiram a este Eg. Tribunal e foram distribuídos a esta Relatoria, não sendo encaminhados ao douto representante do *Parquet* em razão de inexistir interesse público que fundamente a sua intervenção no feito.

É o relatório. Decido.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço o apelo.

A querela posta em juízo versa, essencialmente, acerca da legalidade dos descontos operados pelo Estado do Ceará nos vencimentos da autora em razão do entendimento administrativo de que fora ilegal o recebimento dos proventos provisórios durante o trâmite do processo administrativo de aposentadoria da autora.

Como relatado, a autora é servidora pública ocupante da cargo de economista, Grupo Ocupacional Atividades de Nível Superior – ANS, referência 5, matrícula nº 105592.1.9, lotada na Secretaria de Administração. Alega ter solicitado, no ano de 2002 o seu afastamento para aposentadoria proporcional (fl. 37), tendo em vista ter laborado desde o ano de 1982. Ainda, aduz que somente em 2007

Referiu-se, ainda, ao fato de que até agosto de 2009 ainda não tinha terminado o procedimento de sua aposentadoria, oportunidade em que requereu a desistência do mesmo, com o seu retorno as atividades do cargo público. Referido requerimento de aposentadoria foi acolhido pela administração estadual, fls. 75/81, contudo, com determinação de descontos

mensais nos vencimentos da autora de sorte a ressarcir os cofres públicos do montante percebido pela autora no período em que tramitou o seu processo administrativo de aposentadoria.

Destaque-se, que o presente feito não visa a análise da legalidade ou não do retorno da autora a suas atividades, mas apenas na verificação da legalidade ou não do pagamento dos proventos provisórios à autora durante o período de afastamento, sem que fosse realizada qualquer contraprestação.

Resta claro que, dentre os fins preconizados pelo art. 153 do Estatuto dos Funcionários Civis do Estado do Ceará(Lei n. 9.826/1974), está o de que o processo administrativo, instado por ocasião do pedido de aposentadoria de um servidor, deverá ser concluído dentro de um lapso temporal razoável, qual seja, o período de 90 dias contados da data em que o funcionário ingressou com pedido frente ao órgão competente, senão vejamos:

> Art. 153, *caput*, Lei n. 9.826/1974. processo de aposentadoria, iniciado com o requerimento do interessado ou de ofício, nos casos de aposentadoria por invalidez, deverá ser devidamente informado pelo setor competente do órgão de origem do servidor, especialmente quanto à contagem do tempo de contribuição, às comprovações documentais necessárias, à indicação precisa dos respectivos proventos e a satisfação dos demais requisitos legais para a passagem à inatividade tendo, a partir daí, a seguinte tramitação:
> (…)
> § 3º - Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, caso o processo de aposentadoria não esteja concluído no **prazo de 90 (noventa) dias, o servidor se afastará da atividade sem prejuízo de sua remuneração**, sem direito a contar o tempo de afastamento para qualquer efeito. (grifos nossos)

Privilegia, portanto, tal dispositivo tanto a consagração efetiva do direito fundamental e social à previdência social (art. 6, CF) quanto a eficiência na Administração Pública, princípio esse que fora positivado no ordenamento jurídico, por meio da EC n. 19/1998, o qual apresenta dois aspectos: um no tocante ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível e, outro, em relação à forma de

organização, estrutura, disciplina da Administração Pública, com o intuito de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 75).

Nesse sentido, é inegável que o ato concessivo da aposentadoria é complexo e de cunho declaratório, uma vez que conjuga a vontade de diversos órgãos e testifica uma situação já previamente existe, por isso a estipulação de prazo razoável, para que a Administração Pública, sem o afastamento do servidor, possa concluir o seu processo referente à inatividade. Caso contrário, se a finalização ultrapassar esse período, o servidor público será afastado, sem prejuízo de sua remuneração.

A partir dessa afirmação, friso, com o pedido de inatividade, os trâmites descritos ao longo do art. 153 do Estatuto deverão ser realizados no prazo máximo de noventa dias, sob pena de haver o afastamento do servidor e este interregno não ser contabilizado para nenhum fim jurídico.

A omissão, portanto, da Administração Pública em finalizar esses processos administrativos não pode, em hipótese alguma, extrapolar os limites da razoabilidade, uma vez que a expressão "não será contabilizado para nenhum de efeito jurídico", acaba por prejudicar sobremaneira, o servidor e, consequentemente, a consagração do direito fundamental à previdência social.

Não se mostra razoável querer agora a administração estadual isentar-se do pagamento dos vencimentos/proventos provisórios em favor da autora/apelada, quando ela requereu sua aposentadoria, mas por desídia administrativa, passados mais de sete anos, o referido ato não fora perfectibilizado.

Decerto, como visto, detém a administração o prazo de 90 dias para finalizar o processo de aposentadoria, após o qual a parte poderá afastar-se do cargo, sem qualquer prejuízo financeiro.

Por certo, o pedido de desistência da aposentadoria voluntária proporcional, para fins de retorno ao cargo, somente pode ser realizado até o momento de perfectibilização do ato, que ocorre com sua aprovação com seu registro perante o respectivo Tribunal de Contas o que não ocorreu no caso, sendo este fato incontroverso.

Cumpre referir-se, ainda, que mesmo que se tratasse de verba indevidamente percebida pelo autor, resta assente em nosso Tribunal de Justiça e nas Cortes Superiores o entendimento de que constatada a boa-fé do servidor público, não há que referir-se à restituição de valores indevidamente recebidos, independente se por interpretação errônea ou inadequada da Lei por parte da Administração Pública (STJ, REsp 1244182/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2012, DJe 19/10/2012).

Destaque-se, ainda, que o STJ tinha entendimento pacificado pela possibilidade de desaposentação. Contudo, no RE 661256 o STF, em julgamento seguindo o rito dos recursos repetitivo, pôs pedra de cal sobre o assunto, referindo-se a impossibilidade de desaposentação.

Contudo, das decisões proferidas pelo Eg. STJ quando prevalente naquela Corte o entendimento pela possibilidade de desaposentação, pode-se extrair de maneira inconteste que restava impossível a devolução de proventos percebidos pelo ex-aposentado no período em que gozou do benefício anterior.

Aqui, destaco:

> RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.
>
> 1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.
>
> 2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.
>
> 3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus

> titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilamento. Precedentes do STJ.
> 4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsps 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.
> 5. **No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.**
> 6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ. (STJ, REsp 1.334.488/SC, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 14/5/2013)

Sendo assim, a despeito do que referido pelo Estado do Ceará, não se pode aplicar ao caso em discussão entendimento diverso, tendo em vista inexistir qualquer conduta ilegal por parte da apelada e que fundamente a devolução dos proventos provisórios percebidos, seja em razão do pleito de aposentadoria proporcional, do afastamento do cargo (ultrapassados 90 dias), bem como quando do pleito de desistência do pedido de aposentadoria e retorno às atividades.

ISSO POSTO, conheço o apelo, mas para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença de piso, posto que proferida de maneira fundamentada e refletindo o melhor direito para o caso.

Com fundamento no art. 85, §11, do CPC/15, majoro os honorários sucumbenciais para R$1.500,00 (mil e quinhentos reais).

É como voto.

Fortaleza, 02 de abril de 2018

APELAÇÃO CÍVEL Nº.: 0205706-81.2013.8.06.0001
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: FLÁVIO ALVES SABINO
ORIGEM: VARA ÚNICA DA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO EM CARGO PÚBLICO. DECISÃO RECORRIDA PROFERIDA SOB A ÉGIDE DO CPC-73. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. PROCESSO DISCIPLINAR. POLICIAL MILITAR. PENA DE DEMISSÃO. CONTROLE JUDICIAL DA DESPROPORCIONALIDADE DA PENA MÁXIMA APLICADA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. HISTÓRICO FUNCIONAL INCOERENTE COM A PENA DE RUPTURA DO VÍNCULO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE SANÇÕES ANTERIORES. VIOLAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E DA GRADAÇÃO DO DIREITO SANCIONADOR. SENTENÇA DE REINTEGRAÇÃO QUE DEVE SER MANTIDA. RECURSO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. O direito ao recurso nasce com a publicação em cartório, secretaria da vara ou inserção nos autos eletrônicos da decisão a ser impugnada, o que primeiro ocorrer.

2. Sendo assim, o cabimento e os pressupostos a serem adotados (prazos, efeitos, juízo de

admissibilidade, dentre outros) são os da lei processual vigente à época em que a decisão se torna impugnável, qual seja, CPC-73.

3. O controle jurisdicional sobre os atos administrativos punitivos se destina a resguardar os servidores públicos contra eventuais excessos e arbitrariedades. Estes podem se consubstanciar tanto em ilegalidades de grosseira identificação, a exemplo da inobservância do contraditório pela não participação do servidor, quanto em penalidades que não atendam à proporcionalidade ou razoabilidade da infração funcional. Trata-se de proteção, portanto, que não se encerra na sindicância de aspectos formais do procedimento sancionador. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça.

4. Analisando a documentação de histórico funcional do policial militar (Resumo de Assentamentos), dessume-se que se trata de servidor público de boa conduta, não havendo em seu desfavor registro de transgressões disciplinares anteriores que justifiquem aplicação de tão severa penalidade, qual seja, a demissão. Frise-se que a única informação que destoa deste eloquente histórico é o procedimento disciplinar, cujo resultado sancionador se pretende anular. Revela-se evidente, portanto, a desproporcionalidade da punição aplicada.

5. A conclusão de violação à proporcionalidade a que se chega nesta análise recursal, em conformidade com o decidido pelo magistrado *a quo*, não decorre de um juízo em prol da ausência de punição, o que levaria à impunidade, mas se

fundamenta na existência de sanções menos graves que encontrariam melhor adequação ao caso, em cumprimento à necessária gradação do direito sancionador.

6. Ao impulso dessas considerações, deve-se manter a sentença recorrida que determinou a imediata reintegração do servidor público aos quadros funcionais pertinentes, ratificando-se, de igual modo, a condenação ao pagamento da remuneração pelo ente público responsável, na forma estabelecida pelo juízo sentenciante.

7. Reexame Necessário e Recurso de Apelação conhecidos e desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos, em que são partes as pessoas acima indicadas, acorda a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por unanimidade, **em conhecer e negar provimento ao Reexame Necessário e ao Recurso de Apelação**, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e de Apelação Cível interposta pelo Estado do Ceará em face de sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Justiça Militar do Estado do Ceará, que, nos autos da Ação Ordinária de Reintegração em Cargo Público c/c Declaratória de Nulidade de Ato Administrativo com Antecipação de Tutela Jurisdicional, ajuizada por Flávio Alves Sabino em desfavor do recorrente, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar nulo o procedimento administrativo disciplinar, determinando ao Estado do Ceará que promova a imediata reintegração do autor aos quadros da Polícia Militar do Estado do Ceará, bem como

condenando ao pagamento da remuneração correspondente ao período da exclusão.

Petição inicial às fls. 01/50, na qual o autor pretende a anulação de ato administrativo que determinou a sua demissão, com a consequente reintegração aos quadros funcionais pertinentes, e a condenação do ente público ao pagamento de remuneração a que faria jus desde a indevida exclusão do serviço público.

Juntou os documentos de fls. 51/103 e às fls. 106/467 colacionou aos autos cópia do procedimento administrativo disciplinar que resultou na sua demissão.

Deferimento do pedido de gratuidade judiciária às fls. 104.

Contestação às fls. 474/493.

Réplica apresentada às fls. 984/990.

Sentença às fls. 1045/1059, na qual o magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, entendendo, em síntese, que: 1) é inviável a declaração de inconstitucionalidade pela via do controle abstrato, por não gerar efeitos na decisão da presente demanda; 2) o Controlador Geral Adjunto de Disciplina, como substituto do Controlador Geral em suas ausências e impedimentos, é autoridade competente para instauração de procedimentos e aplicação de sanções disciplinares após a apuração dos fatos por comissão permanente, em respeito ao juiz natural; 3) o exercício da ampla defesa e do contraditório foram respeitados ao longo do processo administrativo disciplinar questionado.

O juízo sentenciante ainda fundamenta que: 4) a vedação constitucional à reunião de militares refere-se à greve, diferindo de reunião pacífica, ordeira e em horário de folga sem prejuízo da prestação do serviço público, sendo legítima a manifestação de classe que objetive melhores condições de trabalho e justos salários; 5) não é qualquer reunião que resulta em transgressão disciplinar, somente aquela cujo conteúdo desrespeite os valores básicos da hierarquia e disciplina; 6) a aplicação da pena administrativa máxima de demissão do servidor policial não atende a critério de proporcionalidade e razoabilidade, diante da vida funcional do demandante, o que justifica o controle judicial sobre o ato administrativo,

declarando-o nulo e determinando a reintegração do autor aos quadros funcionais pertinentes.

Inconformado, o ente estatal interpôs Recurso de Apelação (fls. 1064/1099), alegando, em síntese, que 1) o Conselho de Disciplina é o instrumento devido para apurar as transgressões disciplinares cometidas por militares com 10 anos de serviço ou mais; 2) o processo disciplinar respeitou o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a motivação das decisões; 3) o apelado cometera diversas infrações disciplinares de natureza grave e média previstas no Código Disciplinar da PMCE e puníveis com demissão; 4) o caráter reivindicatório da reunião é patente, como se verifica de filmagem e documentação no processo administrativo; 5) o Comando-Geral da PMCE teria emitido publicação indicando a ilegalidade do ato reivindicatório; 6) a celeridade do procedimento administrativo disciplinar não retrata ofensa à impessoalidade; 7) a aplicação da pena observou razoabilidade e proporcionalidade, diante dos antecedentes, gravidade de sua conduta e demais provas produzidas; 8) a participação do apelado teve caráter reivindicatório, violando comando constitucional que veda a sindicalização e a greve por parte de militares; 9) o mérito administrativo de ato punitivo não pode ser revisto judicialmente, o que abrange a proporcionalidade da pena.

Contrarrazões apresentadas pelo recorrido às fls. 1110/1130.

É o relatório.

Passo a proferir a decisão.

VOTO

1. Sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o princípio da fundamentação das decisões judiciais encontra-se regulamentado, infraconstitucionalmente, em seu art. 11, com relevo constitucional no art. 93, IX, da CF/88. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, comentando o referido princípio, lecionam que:

> Fundamentar significa o magistrado das as razões de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem **implicação substancial** e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. **Não se consideram "substancialmente" fundamentadas as decisões que afirmam que, "segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo que julgou procedente o pedido". Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.** (NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo). 11a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pg. 301).

O brocardo *mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos, que eu te darei o direito) foi mitigado com o NCPC, uma vez que exige fundamentação nas decisões, inclusive despachos, urgindo que toda a matéria ventilada tenha sido enfrentada pelas partes. O objetivo do legislador foi o de prestigiar o princípio constitucional do contraditório, fixando, de forma clara, esse limite para a atividade jurisdicional. A atividade jurisdicional está limitada às balizas dos pedidos, das causas de pedir e, agora de forma expressa, a atividade do juiz está limitada, também, aos fundamentos que tiverem sido debatidos pelas partes.

2. Sobre a lei processual aplicável à hipótese dos autos (direito intertemporal)

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (NCPC), o qual inaugurou mudanças relativas aos recursos, o Direito Intertemporal deve ser devidamente fundamentado e analisado caso a caso, a fim de proteger atos jurídicos processuais perfeitos e situações consolidadas à luz da lei revogada. O aludido Direito Intertemporal é regido pelos arts. 14, 1.046, 1.047 do NCPC, art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil e art. 5º XXXVI, da CF/88.

Sobre o tema, prepondera a teoria do isolamento dos atos processuais no NCPC[1]

Em que pese haver divergência doutrinária sobre a aplicação das normas intertemporais processuais do NCPC, entende-se que o posicionamento mais adequado, em relação aos recursos, é o de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que lecionam no sentido de que:

> **Duas são as situações para a lei nova processual em matéria de recurso: a) rege o cabimento e a admissibilidade do recurso a lei vigente à época da prolação da decisão da qual se pretende recorrer; b) rege o procedimento do recurso a lei vigente à época da efetiva interposição do recurso. (...)**
> **Quando o recurso já tiver sido interposto e sobrevier lei que altere o seu regime jurídico, manter-se-á eficaz a lei antiga quanto ao cabimento e ao procedimento do recurso. A este fenômeno dá-se o nome de *ultratividade"*** (Cardozo. Retroatividade, p. 296 *et seq.*) **ou sobrevigência** (Cruz. *Aplicação,* n. 78, p.298 et seq) **da lei anterior. (***In* **Comentário ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015. Págs 228 e 229).**

Portanto, e**m relação aos recursos, deve ser considerada a data em que foi dada publicidade à decisão a ser objeto de impugnação recursal.** O recurso cabível e os pressupostos adotados (prazos, efeitos, juízo de admissibilidade, dentre outros) são os da lei processual vigente à época em que a decisão se torna impugnável. **Por isso, se a decisão foi proferida quando em vigência o CPC-73, apesar do advento do CPC-15, o recurso deve ser regido pela lei anterior.**

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça aprovou o Enunciado Administrativo nº 02, segundo o qual "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos **os requisitos de admissibilidade** na forma

1 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: RT, 3ª Ed., 2015. Pág.71.

nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça".

Na mesma toada, dispõe o Enunciado nº 54, do TJMG: "**A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos.**". Do exposto, aplicam-se ao presente recurso as regras do CPC-73, uma vez que a decisão recorrida foi proferida sob a égide da legislação processual revogada.

Vale ressaltar, por fim, que referida conclusão não alcança os atos procedimentais a seres praticados após a vigência do CPC-15, nos termos do Enunciado Administrativo nº 4, do STJ: "Nos feitos de competência civil originária e recursal do STJ, os atos processuais que vierem a ser praticados por julgadores, partes, Ministério Público, procuradores, serventuários e auxiliares da Justiça a partir de 18 de março de 2016, **deverão observar os novos procedimentos trazidos pelo CPC/2015**, sem prejuízo do disposto em legislação processual especial".

Por fim, quanto ao prazo processual a ser considerado, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais apresenta o Enunciado nº 4 (art. 7º e 1046), sustentando que "Os prazos processuais, inclusive aqueles de natureza sucessiva, são regidos pela legislação vigente à época do seu termo inicial".

3. Sobre a admissibilidade do recurso

O recurso foi apresentado tempestivamente, pois a decisão foi tornada pública no dia 14/09/2015, conforme certidão de fls. 1060, e a apelação foi protocolizada no dia 02/10/2015, consoante informações do sistema e-SAJ.

Preparo dispensado, porquanto seja a parte recorrente integrante da Fazenda Pública.

Há interesse recursal, visto que o presente recurso é uma via adequada à obtenção da pretensão e a parte recorrente está em busca de uma situação mais favorável que a decorrente da decisão recorrida.

Portanto, conheço do presente recurso.

O presente reexame necessário deve ser conhecido, uma vez que a sentença, além de ter sido proferida contra a Fazenda Pública (artigo 475, I, do CPC-73), não se enquadra em nenhuma das hipóteses em que a remessa oficial é dispensada (parágrafos 1º, 2º e 3º, do artigo 475, do CPC-73).

4. Sobre o mérito recursal

A controvérsia jurídica sobre a qual gravita a demanda recursal concerne à proporcionalidade da sanção de demissão aplicada como resultado de procedimento administrativo disciplinar no qual o autor, ora apelado, é acusado de promover movimentação de caráter reivindicatório.

O controle jurisdicional sobre os atos administrativos punitivos se destina a resguardar os servidores públicos contra eventuais excessos e arbitrariedades. Estes podem se consubstanciar tanto em ilegalidades de grosseira identificação, a exemplo da inobservância do contraditório pela não participação do servidor, quanto em penalidades que não atendam à proporcionalidade ou razoabilidade da infração funcional.

Trata-se de proteção, portanto, que não se encerra na sindicância de aspectos formais do procedimento sancionador.

Em cotejo às demais sanções, a imposição de penalidade de demissão deve observar, ainda com mais rigor, o atendimento à razoabilidade e proporcionalidade, porquanto seja uma das mais severas das punições administrativas que um servidor pode sofrer, importando a ruptura definitiva de seu vínculo com a Administração Pública.

Sobre a possibilidade do exercício de tal controle, "*a jurisprudência do STJ admite o exame da proporcionalidade e da razoabilidade da penalidade imposta ao servidor, porquanto se encontra relacionada com a própria legalidade do ato administrativo. Precedentes: RMS 24.129, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma do STJ, julgado em 20/03/2012, Dje 27/4/2012; RMS 36.325/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma do STJ, julgado em 22/10/2013, DJe 05/12/2013; MS 14.253/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção do STJ, julgado em 25/05/2011, DJe 23/09/2011; MS 14.253/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção do STJ, julgado em 25/05/2011,*

DJe 23/09/2011." (…) (MS 15.828/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/03/2016, DJe 12/04/2016)

Portanto, o argumento do ente público recorrente de que o mérito administrativo de ato sancionador não pode ser revisto judicialmente, o que abrangeria a proporcionalidade da pena, cai por terra, carecendo de juridicidade mínima.

No caso, em que pese a regularidade procedimental da atividade administrativa disciplinar, não havendo dúvida quanto ao respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, a penalidade de demissão não se afigura proporcionalmente adequada à punição do servidor demandante, ora apelado.

A aplicação de penalidade deve ter em vista a infração disciplinar praticada (aspecto objetivo) e o sujeito que praticou o ato (aspecto subjetivo). Cumpre ressalvar que considerar a pessoa do servidor não importa um tratamento de pessoalidade pela Administração Pública em procedimento administrativo disciplinar, mas sim uma atenção ao histórico funcional do sujeito processado, até para que se faça cumprir a gradação de penalidades com vistas a evitar punições desproporcionais e eivadas de arbitrariedade.

Na hipótese vertente, consta dos autos, às fls. 517/528, documentação que visou a subsidiar a instauração de processo regular exarada pelo Comandante da Polícia Rodoviária Estadual dirigida ao Comandante Geral Adjunto da PMCE, contendo o Resumo de Assentamentos, do qual se extrai o registro de dados funcionais do militar processado disciplinarmente.

Compulsando a referida documentação, depreende-se que o policial militar perfaz mais de 19 (dezenove) anos de serviços prestados junto à Polícia Rodoviária Estadual, encontrando-se em comportamento "Excelente". Na parte referente à "Situação Disciplinar" (fls. 520) consta o registro "Sem Alteração" para as seguintes categorias: repreensões, detenções, prisões, permanência disciplinar e custódia disciplinar. Também em seu favor consta o registro "Sem alteração" para o critério "Exonerações".

No que pertine à categoria "Situação Judicial" (fls. 520), à exceção da punição disciplinar que se pretende anular no presente processo, não há dados que desabonem a sua conduta funcional, tendo sido chamado a juízo,

em delegacias ou na Auditoria Militar para prestar depoimentos ou como testemunha.

Além das informações de cursos de formação ou de atualização prestados pelo policial militar (fls. 520), também consta da documentação a concessão, no ano de 2008, da Barreta de Excelente Comportamento – BCG nº 224/08 (fls. 521), tendo sido promovido em 2010 a CB PM por merecimento, a contar de 24/12/2009 – BCG nº 094/10 (fls. 522).

Afirma o ente público apelante que a aplicação da pena atendeu a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, diante dos antecedentes, gravidade de sua conduta e demais provas produzidas.

Sucede, entretanto, que suas alegações não encontram coerência ao serem cotejadas com os elementos probatórios constantes dos autos, como acima se identificou em detalhamento exaustivo do registro funcional do policial militar. Restringindo sua postura recursal a meras adu̇ções, o ente público não chega a indicar onde estariam as provas nos fólios processuais dos maus antecedentes do servidor público.

Analisando a documentação de histórico funcional do policial militar (Resumo de Assentamentos), dessume-se que se trata de servidor público de boa conduta, não havendo em seu desfavor registro de transgressões disciplinares anteriores que justifiquem aplicação de tão severa penalidade, qual seja, a demissão. Frise-se que a única informação que destoa deste eloquente histórico é o procedimento disciplinar, cujo resultado sancionador se pretende anular.

Revela-se evidente, portanto, a desproporcionalidade da punição aplicada.

Nessa senda, apresentam-se julgados do Superior Tribunal de Justiça que, em exame de casos análogos e no exercício do controle judicial, concluíram pela desproporcionalidade de sanção de demissão aplicada a policiais militares, senão vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. POLICIAL MILITAR. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DO ILÍCITO

PENAL E AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA. IRREGULARIDADE DE PROCEDIMENTO. PENA DE DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO APLICADA. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Em se tratando de imposição penalidade de demissão, a Administração deve observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade entre ato e sanção, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes do STJ.

2. **Muito embora tenha havido impropriedade na conduta adotada pelo agravado, verifica-se que a pena de demissão, imposta pelo Subcomandante-Geral da PM do Estado do Amazonas, contraria os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista não haver, nos autos, qualquer prova de que tenha ocorrido fato típico ou antijurídico, que ensejasse sanção de tamanha gravidade**.

3. "O controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade não viola o princípio da separação dos poderes, podendo-se aferir a razoabilidade e a proporcionalidade da sanção aplicável à conduta do servidor" (RE 634900 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 02/04/2013).

4. A decisão monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece reforma.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 33.754/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 24/11/2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MILITAR. EXCLUSÃO. OITIVA DE TESTEMUNHAS DE DEFESA E ACUSAÇÃO. INVERSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS PELA COMISSÃO PROCESSANTE. IRRELEVÂNCIA PARA O RESULTADO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. NULIDADE AFASTADA. COMANDANTE-GERAL DA POLÍCIA MILITAR.

> COMPETÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. ATO DEMISSIONAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. **PENALIDADE. EXCLUSÃO. DESPROPORCIONALIDADE**.
> (...)
> V - **Inexiste aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. Nesses casos, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais** (Precedentes: MS 13.716/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJe de 13/02/2009; MS nº 12.957/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 26/9/2008; MS nº 12.983/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJ de 15/2/2008).
> VI - **Esta c. Corte pacificou entendimento segundo o qual, mesmo quando se tratar de imposição da penalidade de demissão, devem ser observados pela Administração Pública os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e individualização da pena** (Precedentes: MS 13.716/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJe de 13/02/2009 MS nº 8.693 / DF, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/5/2008; MS nº 7.260 / DF, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 26/8/2002 e MS nº 7.077 / DF, 3ª Seção, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 11/6/2001).
> VII - **Na espécie, revela-se desproporcional e inadequada a penalidade de exclusão imposta ao recorrente, tendo em vista os antecedentes funcionais, a ausência de prejuízo ao serviço público, bem como a comprovada boa-fé.** Além do mais, quando da aquisição, as irregularidades de que padecia o veículo "clonado" se mostravam de difícil percepção.
> Recurso ordinário provido. (RMS 28.487/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 30/03/2009)

Alega, ainda, o ente estatal que o caráter reivindicatório da reunião é patente, como se verifica de filmagem e documentação no processo administrativo. Todavia, por mais que a apuração administrativa disciplinar entenda existente caráter reivindicatório na reunião da qual fez parte o servidor público, o que não se coadunaria com os valores de disciplina e hierarquia peculiares à seara militar, há de se considerar não somente este

aspecto objetivo, mas também o subjetivo, qual seja, o histórico funcional favorável ao servidor, assim como a existência de outras sanções aptas a imprimir caráter punitivo e pedagógico ao policial militar processado.

Quanto aos antecedentes do servidor, que representam este aspecto subjetivo, embora o ente apelante tenha afirmado que o recorrido cometera diversas infrações funcionais de natureza grave e média previstas no Código Disciplinar da PMCE e puníveis com demissão, não há nos autos prova destas alegações. Verifica-se que, uma vez mais, a parte apelante se serve de indicações vagas e sem fundamento concreto, buscando convencer esta instância recursal da existência de um histórico funcional desabonador que não resta provado nos autos.

A conclusão de violação à proporcionalidade a que se chega nesta análise recursal, em conformidade com o decidido pelo magistrado *a quo*, não decorre de um juízo em prol da ausência de punição, o que levaria à impunidade, mas se fundamenta na existência de sanções menos graves que encontrariam melhor adequação ao caso, em cumprimento à necessária gradação do direito sancionador.

Neste mesmo sentido, vem se manifestando a jurisprudência deste Egrégio Sodalício pela observância da proporcionalidade na aplicação de penas conjugada à necessidade de gradação na aplicação de sanções:

> PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO OCUPANTE DE CARGO EFETIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR - PAD. ATESTADO MÉDICO FALSO. RELATÓRIO DA COMISSÃO PROCESSANTE SUGERINDO A APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. ACATAMENTO PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. MOTIVAÇÃO. **AUSÊNCIA DE CONTEÚDO PROBATÓRIO CAPAZ DE CONCLUIR PELA APLICAÇÃO DA SANÇÃO MÁXIMA**. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO PELO JUDICIÁRIO, NESTE PARTICULAR. **VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. O GRAU DE LESIVIDADE AUTORIZA A GRADAÇÃO PELA APLICAÇÃO DE PENAS QUE COMEÇAM COM AS MAIS LEVES, MEDIANAS ATÉ O**

> **LIMITE DA PENA MAIOR**. SENTENÇA MANTIDA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME CONHECIDOS E IMPRÓVIDOS. (Relator(a): DURVAL AIRES FILHO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 7ª Câmara Cível; Data do julgamento: 08/03/2016; Data de registro: 08/03/2016)

Ainda na esteira da jurisprudência desta Corte de Justiça, colaciona-se julgado que reputou a sanção de demissão penalidade exacerbada, ferindo a proporcionalidade do direito punitivo, senão vejamos:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM SEDE DE DECISÃO MONOCRÁTICA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. **DEMISSÃO DO SERVIDOR PÚBLICO INTEGRANTE DA CARREIRA MILITAR. IRRAZOABILIDADE DA PENA APLICADA. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SANCIONAMENTO EXACERBADO**. MANUTENÇÃO DAS DECISÕES PREDECESSORAS. OS ARGUMENTOS EXPENDIDOS NESTE RECURSO NÃO SE DEMONSTRAM VEGETOS. REGIMENTAL CONHECIDO, PORÉM DESPROVIDO.
>
> 1. A insurgência recursal tem como ponto nodal o pedido de reconsideração, na tentativa de inverter a lógica do julgado, trazendo para si situação favorável, no sentido de que seja mantida a decisão de processo administrativo disciplinar que culminou na expulsão/demissão do servidor público de carreira militar do Estado do Ceará.
>
> 2. Melhor sorte não assiste às razões do agravante, pois numa avaliação doutrinária, colhe-se o ensinamento de que o princípio da proporcionalidade indica que a validade dos atos emanados do Poder Público é aferida à luz de três máximas: a adequação ou idoneidade, a necessidade ou exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Estar-se-á desrespeitando a regra nas vezes em que as sanções impostas não guardarem uma relação de equivalência, de proporcionalidade com a gravidade da infração.

3. Queda-se, portanto, ao sorvedouro o argumento de que é indevida a intromissão do Poder Judiciário no mérito administrativo que ensejou o ato demissional do servidor. Deveras, a jurisprudência em peso já indica como legítima a atuação do Estado-juiz em casos como o da espécie. Neste sentido, precedentes do STJ e STF.
4. **No caso examinado, ressoa certa dúvida sobre a justeza do ato que culminou na demissão do servidor público, máxime porque a aparência é a de que houve verdadeira quebra com o princípio da proporcionalidade, em seu sentido estrito, haja vista que há inegável desequilíbrio na relação custo-benefício da medida em face do conjunto de interesses em jogo.**
5. De ser considerado, ainda, todavia, o intrigante fato de que, terminados os atos do procedimento administrativo, a Comissão Processante concluiu, por unanimidade, pela permanência do agravado nas fileiras da Corporação Militar, tendo o Comandante da Polícia Militar resolvido discordar do Conselho de Disciplinar, exarando, desta forma, o ato de demissão do servidor público de carreira militar, ainda mais quando diante de outras situações parelhas a ora sub examine se aplicou apenas a penalidade de detenção de 8 (oito) dias, conforme se pode constatar às fls. 68/69, dos autos.
6. Desta forma, repiso, parece-me destoar o grau de repreensividade destinado ao agravado, porquanto aparente, também, a flagrante desobediência ao princípio da isonomia, vez que a ele (agravado) fora direcionado tratamento desigual aos dos demais, que noutro momento cometeram a mesma infração – dormir no posto de serviço.
7. Concluo, então, pela irrepreensividade das decisões predecessoras, pois que assentes com a doutrina, legislação e jurisprudência pátria.
8. Regimental conhecido e DESPROVIDO.
(Relator(a): ANTÔNIO PÁDUA SILVA - PORT 1356/2015; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 8ª Câmara Cível; Data do julgamento: 22/09/2015; Data de registro: 22/09/2015; Outros números: 18347446201180600015000)

Por fim, cabe motivar que a publicação de advertência prévia informando sobre a ilegalidade do ato reivindicatório e sobre o risco de punição pela participação na reunião de alegado caráter paredista não é argumento hábil a afastar a violação de proporcionalidade da pena máxima aplicada.

Poder-se-ia cogitar de ato da Administração Pública que favorecesse a configuração da indisciplina ou de desrespeito à hierarquia, mas, ainda assim, estaria o ente público reforçando o aspecto objetivo da sanção, o que não contribui para justificar a falta de razoabilidade ou proporcionalidade.

Auxiliaria, por conseguinte, a justificar a aplicação de outras penalidades, mas não a de demissão, porquanto inexistente, como já exaustivamente expendido, histórico funcional a respaldá-la.

Ao impulso dessas considerações, deve-se manter a sentença recorrida que determinou a imediata reintegração do servidor público aos quadros funcionais pertinentes, ratificando-se, de igual modo, a condenação ao pagamento da remuneração pelo ente público responsável, na forma estabelecida pelo juízo sentenciante.

5. Dispositivo

Por todo o exposto, conheço e nego provimento à Apelação do Estado do Ceará e ao Reexame Necessário mantendo em todos os seus termos a sentença vergastada.

Deixo de arbitrar honorários advocatícios recursais, uma vez que o recurso foi interposto em face de decisão proferida sob a égide do CPC-73. Nesse sentido, destaca o enunciado administrativo nº 07, do STJ: "Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC"

Publicar e intimar.

Decorrido o prazo recursal sem que nada tenha sido apresentado pelas partes, certifique-se o trânsito em julgado, dê-se baixa nos sistemas eletrônicos de acompanhamento processual e arquivem-se os autos.

É como voto.

Fortaleza, 15 de junho de 2016.

PROCESSO: 0352388-59.2000.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE/APELADO: ANTONIO ALEXANDRE GOMES E ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: DIREITO PÚBLICO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. EXAME MÉDICO. REALIZAÇÃO EM HOSPITAL PARTICULAR. RESSARCIMENTO. NÃO PREVISÃO LEGAL. PROCEDIMENTO IRREGULAR DO PARTICULAR. DANO MATERIAL INDEVIDO. DANO MORAL NÃO DEMONSTRADO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO DO ENTE PÚBLICO CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO DO PARTICULAR PREJUDICADO.

1. Ação em que o autor, bombeiro militar da reserva, pleiteou a condenação do ente público no ressarcimento de valores decorrentes de exame médico realizado em hospital particular sem solicitação junto à administração do Hospital da Polícia Militar. Dano moral imputável à falta de pagamento voluntário das despesas particulares;

2. A legislação vigente à época indicava que os procedimentos médicos e exames dos militares da ativa ou reserva devem ser procedidos na rede pública ou privada conveniada ou contratada. No caso dos autos o autor buscou por conta própria os serviços clínicos indicados pelo médico, não requerendo internação ou procedimento por hospital indicado pela administração;

3. Inexiste obrigação legal para reembolso ou ressarcimento de despesas médicas ou exames realizados fora da rede indicada pelo instituto assistencial do servidor público, tendo a

administração pública negado o pedido de forma adequada e em primado à legalidade;
4. A não ocorrência de ato lesivo imputável a agente da administração pública fulmina a pretensão ressarcitória do servidor pelo primado da responsabilidade civil;
5. Dano moral inexistente, mormente por não haver qualquer injusta negativa pela administração do pedido de ressarcimento.
6. Sentença reformada com a rejeição total dos pedidos autorais. Recurso do Estado conhecido e provido. Recurso do particular prejudicado. Sucumbência pelo autor, em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade por ser beneficiário da gratuidade judiciária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer de ambos os recursos para dar provimento ao interposto pelo ESTADO DO CEARÁ e negar provimento do ao interposto por ANTONIO ALEXANDRE GOMES, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 30 de julho de 2018

RELATÓRIO

Da ação

Versava a lide de origem sobre pedido condenatório formulado por ANTÔNIO ALEXANDRE GOMES contra o ESTADO DO CEARÁ por ter sido negado o reembolso de valor pago em hospital particular, bem como danos morais daí decorrentes, por ser o autor contribuinte do Fundo Especial

da Polícia Militar do Ceará – FESPOM, apontando como valor indenizatório imaterial o valor de R$130.500,00 (cento e trinta mil e quinhentos reais).

Da sentença

Sentença às fls. 79/82 acolhendo em parte os pedidos indenizatórios, condenando o ESTADO DO CEARÁ em danos materiais no importe de R$6.525,00 (seis mil, quinhentos e vinte e cinco reais) e danos morais em R$13.050,00 (treze mil e cinquenta reais).

Das razões do pedido de reforma pelo autor

O autor, insatisfeito com o resultado parcialmente favorável, apelou (fls. 93/95) requerendo a reforma do *decisum* no que tange a fixação do dano moral, tendo o valor arbitrado em primeiro grau de diminuta grandeza, bem como a fixação dos honorários de sucumbência em 20% (vinte por cento) do valor a ser indenizado.

Do pedido de nova decisão

Requer a reforma da sentença de piso para ver o ente público acionado condenado nos exatos termos expostos na exordial, com majoração da condenação por danos morais em patamar de 10 (dez) vezes o dano material identificado.

Das razões do pedido de reforma pelo ente réu

O ESTADO DO CEARÁ igualmente se irresignou sobre o decisório de primeiro grau (fls. 134/141), tendo por indevidas as indenizações fixadas. Quanto ao dano material, pontua não ser devido o ressarcimento por despesas particulares que os servidores façam fora de hospital não integrante da rede pública estadual, mormente por não haver previsão legal para tanto.

Além de tal questão, suscita que o valor despendido no exame em questão foi de R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) e não aquele postulado em juízo de R$6.525,00 (seis mil, quinhentos e vinte e cinco reais).

Sobre o dano moral, defende sua inocorrência, não se constituindo o ato denegatório de ressarcimento hábil ao abalo de ordem moral ou psíquica do autor. E ainda que assim o fosse, o valor arbitrado em primeiro grau encontra-se em valor já exasperado se confrontado com paradigmas de tribunal superior.

Do pedido de nova decisão

Requer a reforma *in totum* da r. sentença de piso, denegando os pedidos indenizatórios formulados.

Contrarrazões do Estado do Ceará

Às fls. 102/105 repousam as contrarrazões do ente público sobre o pedido de reforma lançado pelo autor da lide, nas quais se contrapõe ao pedido de aumento dos danos morais, sequer presentes no caso em tela. No que toca o pedido de arbitramento de honorários sucumbenciais, argui a ocorrência de sucumbência recíproca, tendo o autor decaído do pedido principal sobre os danos morais em valor superior a dez vezes o arbitrado pelo magistrado sentenciante.

O autor/apelado não apresentou contrarrazões ao recurso do réu/apelante ESTADO DO CEARÁ (fl. 180).

Da intervenção ministerial

Por se tratar de ação de cunho estritamente material, sem revelo de interesse público, a d. Procuradora de Justiça oficiante em segundo grau dispensou a incursão de mérito (fls. 187/189).

É o relatório.

VOTO

Pressupostos de admissibilidade

Recursos que atendem aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade e cabimento, dos quais tomo conhecimento.

Meritum causae

1. Do apelo do ente público

Por ordem de ideias, aprecia-se inicialmente o recurso do ente público ante sua *prejudicialidade externa* ao recurso do particular.

Temos, nesse aspecto, a insurgência do ESTADO DO CEARÁ contra a condenação imposta no decisório de primeiro grau que acolheu pedido de indenização por danos morais e materiais decorrente no não ressarcimento de despesas médicas particulares do autor, militar da reserva do Corpo de Bombeiro Militar.

No caso, restou postulada a condenação do ente público, expressada a causa de pedir no fato de ter o autor da lide se consultado com médico do Hospital da Polícia Militar e lhe ter sido determinada a realização de exame clínico denominado "cineangiocoronariografia", procedimento não disponível naquele nosocômio.

Por entender se tratar de urgência médica, estando "totalmente desesperado" (fl. 05), submeteu-se ao exame em rede particular, junto ao hospital Pronto Atendimento Cardiológico S/C ltda – ProntoCardio. Dispendeu, à época, o montante de R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), mirando ser ressarcido pela instituição o qual é vinculado funcionalmente, uma vez que "contribui mensalmente até hoje para o (FUND ESP PMC) sendo descontado em folha" (fl. 06).

Sucedeu que o pedido de reembolso de despesas médicas restou denegado pelo Comando da Polícia Militar, o que lhe gerou danos materiais e morais.

Há que se perquirir, portanto, a obrigação do Estado do Ceará no referido ressarcimento.

A r. sentença de fls. 79/82 é ABSOLUTAMENTE OMISSA sobre a questão, limitando-se a dizer que "a responsabilidade do Estado do Ceará nesta questão é patente" (fl. 80). Não há qualquer indicação do porquê ser ente público responsável pelas despesas decorrentes de consultas e exames particulares de seus servidores em rede particular de atendimento.

A lei em regência na época do evento não prevê o ressarcimento de despesas médicas (Lei estadual n. 10.776/82), mas tão e somente que "a assistência médica será prestada aos segurados no IPEC e aos seus dependentes, regularmente inscritos: III – em hospitais, casas de saúde e clínicas especializadas, particulares ou públicas, mediante contratos ou convênios" (art. 24).

Ainda no campo normativo, os art. 47 *usque* 49 da Lei estadual n. 11.167/86 prevê a possibilidade de autorização para internação "I - quando não houver organização hospitalar da Corporação; II - em casos de urgência quando a organização hospitalar da Corporação não possa atender; III - quando a organização hospitalar da Corporação não dispuser de clínica especializada necessária" (art. 47), sendo necessário decreto do executivo para sua regulamentação, o que não restou efetivado.

Há, como se percebe, nítido equívoco procedimental entre o pedido e a causa de pedir, que deveria contar com a necessária demonstração de que os hospitais contratados ou conveniados violaram a conduta administrativa para a realização do procedimento, como p.e. com a cobrança de valor excedente ou mesmo procedimento distinto do solicitado pela administração por meio do seu instituto assistencial. Em reforço, sendo o servidor estadual de carreira militar, dispõe de hospital próprio para atendimento prioritário, qual seja, à época, o Hospital da Polícia Militar.

Com efeito, o procedimento administrativo restou hígido, conforme apontado pelo assessor jurídico daquela instituição ao opinar pela denegação do pedido de ressarcimento, ao que "acreditamos que talvez por falta de conhecimento dos procedimentos legais, o peticionante não tenha recorrido com antecedência ao HPM, a fim de solicitar a realização do

exame citado" (fl. 28). Somente atestada a impossibilidade de sua realização ou sua negativa material poderia o servidor valer-se de eventual pedido de ressarcimento, dentro da normatividade existente para o caso.

Afasta-se, portanto, inteiramente o pedido ressarcitório formulado com viés indenizatório, ausente permissivo legal para tanto.

No que tange a condenação por danos morais, melhor sorte não assiste ao autor. Com efeito, somente se cogita a viabilidade de reparação por danos imateriais quando presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, ação ou omissão, o dano em si e a relação de causalidade. No caso dos autos não há ato a ser imputado ao ente público pelo não "reembolso" das despesas médicas efetuadas pelo autor em rede particular não conveniada.

Ausente o primado essencial (ação ou omissão), não há que se perquirir sobre os demais elementos. Nesse sentido:

> DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. A indenização por dano moral objetiva uma compensação pela dor, angústia ou humilhação sofrida pela vítima. **Para a configuração do dano moral, há necessidade de demonstração de ação ou omissão, nexo de causalidade, culpa e resultado lesivo.** (TRT02 - RO: 10001472920175020035, Relator: ÁLVARO ALVES NÔGA, DÉCIMA SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: 28/05/2018)

> DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROMOVENTE DIAGNOSTICADA COM CÂNCER NA MAMA ESQUERDA. MASTECTOMIA REALIZADA. CIRURGIA DE RECONSTRUÇÃO MAMÁRIA EFETUADA POR MÉDICO ESPECIALISTA. POSSÍVEL INFECÇÃO HOSPITALAR. RETIRADA DA PRÓTESE DE SILICONE APÓS AUTORA SER DIAGNOSTICADA COM *ANCINETOBACTER SPECIES*. CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. PRECEDENTE DO STJ. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA (ART. 14, § 4º DO CDC). DEVER AUTORAL DE COMPROVAR OS FATOS CONSTITUTIVOS DO SEU DIREITO (ART. 373, I, CPC).

DESINCUMBÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE IMPRUDÊNCIA, IMPERÍCIA OU NEGLIGÊNCIA. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO (ART. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL). INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO. DESCONFIGURAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. (…)

X - No que tange a reparação de danos materiais e morais, **uma vez não comprovados os pressupostos de responsabilidade civil, não existindo configuração de ato ilícito, estas tornam-se indevidas, pois a parte autora deveria efetivamente comprovar os fatos constitutivos do seu direito, o que não aconteceu.**

XI - Apelação cível conhecida e improvida. Sentença mantida. (TJCE - APL: 05259475720008060001, Relator: MARIA VILAUBA FAUSTO LOPES, TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Data de Publicação: 08/05/2018)

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS POR ALEGADO ERRO JUDICIÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO CEARÁ CONFIGURADA. PERSECUÇÃO CRIMINAL. PODER-DEVER PRIVATIVO DO ESTADO. LEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ERRO JUDICIÁRIO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. INEXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO NÃO DEVIDA. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. (…)

7. **Não configurado qualquer ato ilícito, dolo ou culpa do requerido e não demonstrados os danos alegados, ausentes estão os pressupostos da responsabilidade civil, sendo indevida a indenização e devendo ser mantida a escorreita sentença de improcedência proferida pelo magistrado planicial.**

> 8. Face ao exposto, firme nos propósitos acima delineados, conheço da apelação, mas para negar-lhe provimento, mantendo-se inalterados os termos da decisão. (TJCE - APL: 07859015020008060001, Relator: MARIA IRANEIDE MOURA SILVA, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, Data de Publicação: 15/12/2017)

Objetivamente, não demonstração ato ilícito imputável ao ente público, desmerece acolhimento o pedido indenizatório formulado pelo autor da presente demanda. Dano moral inocorrente.

Do apelo do particular

Enfim, quanto ao pedido de reforma do autor/apelante, para majoração da indenização imaterial, temos por prejudicado, uma vez afastado seu reconhecimento, prejudicado igualmente o pedido atinente à carga sucumbencial.

Do dispositivo

ISSO POSTO, conheço do recurso interposto pelo ESTADO DO CEARÁ para dar-lhe o necessário provimento, afastando as condenações impostas em primeiro grau, tanto material como moral; ato contínuo, quanto ao recurso apelatório interposto por ANTONIO ALEXANDRE GOMES, o tenho por prejudicado.

Sucumbência pelo autor, beneficiário da gratuidade judiciária, em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspensa sua exigibilidade, nos termos da lei.

É como voto.

Fortaleza, 30 de julho de 2018.

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO Nº 0492336-16.2000.8.06.0001 ORIUNDOS DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA.
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA.
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ.
APELADA: ROSALINA SILVA FERREIRA.
RELATORA: JUIZ CONVOCADO DR. HENRIQUE JORGE HOLANDA SILVEIRA.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. CONSTITUCIONAL/ ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. DIFERENÇA DE PARCELAS. ILEGITIMIDADE DO ESTADO DO CEARÁ EM RELAÇÃO AOS VALORES ANTERIORES A 1º/10/1999. APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 24/2000. PRELIMINAR ACOLHIDA. MÉRITO. HAVENDO O RECONHECIMENTO DO DIREITO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVE O ENTE ESTATAL ARCAR COM O PAGAMENTO DOS VALORES NÃO ADIMPLIDOS. PRECEDENTES. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

1. Tratam os autos de reexame necessário e apelação cível objetivando o pagamento das diferenças de parcelas devidas a autora em razão do pagamento a menor da pensão previdenciária deixada pelo falecimento de seu genitor.

2. Preliminar de ilegitimidade passiva do Estado do Ceará em relação aos valores anteriores a 1º/10/1999 acolhida.

- A Lei Complementar Estadual nº 24/2000 instituiu regras de transição na concessão e ajuste de pensões do sistema originário extinto, passando a estabelecer que os valores anteriores a 1º de outubro de 1999 são de responsabilidade do IPEC (atualmente ISSEC), ficando as questões previdenciárias, a partir desta data, a cargo do Estado do Ceará por meio do Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis e Militares, dos Agentes Públicos e dos Membros do Poder do Estado do Ceará – SUPSEC.

3. Quanto ao mérito, havendo o pagamento integral da pensão por parte da Administração Pública a partir de julho de 2000, cabível o ressarcimento dos valores pagos a menor compreendidos entre 1º/10/1999 e 19/07/2000.

- Reexame Necessário conhecido.
- Preliminar acolhida.
- Apelação Cível conhecida e parcialmente provida.
- Sentença reformada em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível e Reexame Necessário nº 0492336-16.2000.8.06.0001, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 3ª Câmara de Direito Público deste egrégio Tribunal de Justiça, de forma unânime, em **conhecer do reexame necessário e do apelo interposto para dar parcial provimento ao último,** a fim de acolher a preliminar de ilegitimidade do Estado do Ceará quanto às parcelas anteriores a 1º de outubro de 1999, confirmando, todavia, a sentença *a quo* quanto ao pagamento de parte dos valores que deveriam ter sido adimplidos pelo ente público, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e Apelação Cível interposta com o objetivo de desconstituir sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que julgou procedente o pedido da autora.

O caso/a ação originária: Rosalina Silva Ferreira, assistida por sua genitora Maria José da Silva Santana, ingressou com ação ordinária de cobrança em face do Estado do Ceará objetivando a percepção das diferenças dos valores referentes à pensão deixada pela morte de seu genitor.

Para tanto, afirmou que após o falecimento de seu pai passou a receber pensão previdenciária em valor inferior ao que lhe seria devido, a partir da data o óbito (24/07/1994) até 03/07/2000, data em que fora reconhecido administrativamente seu direito ao valor integral do pensionamento.

Por tal razão, pugnou pelo recebimento do *quantum* devido referente ao período acima mencionado, qual seja, 24/07/1994 a 03/07/2000.

Contestação apresentada pelo Estado do Ceará, às fls. 20/28, alegando, em preliminar, a ausência dos documentos indispensáveis, além da prescrição das parcelas anteriores à propositura da ação, nos termos da Súmula nº 85 do STJ. No mérito, defendeu a impossibilidade de incorporação das parcelas próprias da atividade, pugnando, assim, pela improcedência de demanda.

Sentença proferida pelo magistrado da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que decidiu pela procedência do pedido formulado na exordial (fls. 40/45). Transcrevo seu dispositivo:

> "Ante o exposto, considerando os elementos do processo e tudo mais que dos autos consta, julgo, por esta minha sentença e para que se produzam todos os efeitos jurídicos e legais, **PROCEDENTE** esta ação aforada por **ROSALINA SILVA FERREIRA** contra o **ESTADO DO CEARÁ** e o faço para o fim específico de condenar este último ao pagamento das diferenças entre os valores pagos à Autora e os efetivamente devidos, a título de pensão, devidamente corrigidos com os

> acréscimos de lei, excluídas, por evidência lógica, as parcelas atingidas pela prescrição, o que será quantificado na fase apropriada de execução de sentença".

Inconformado, o ente público estatal interpôs recurso apelatório, às fls. 49/57, alegando, em preliminar, sua ilegitimidade passiva. No mérito, postulou pela reforma da sentença de primeiro grau de jurisdição, repisando o argumento de impossibilidade de incorporação de vantagens próprias da atividade.

Contrarrazões apresentadas às fls. 65/66, requerendo o improvimento do apelo.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça , às fls. 76/78, manifestando-se pela ausência de interesse público a justificar sua intervenção no feito.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

Tratam os autos de Reexame Necessário e Apelação Cível em face de sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que decidiu pela procedência do pleito autoral.

No caso dos autos, a recorrida obteve administrativamente o reajuste da pensão recebida em razão do falecimento de seu genitor, passando a receber o *quantum* idêntico patamar ao que este perceberia se vivo estivesse.

Com isso, no intuito de receber as diferenças dos valores não pagos, ingressou com a presente ação postulando pelo pagamento referente ao período de 24/07/1994 (data do óbito do instituidor do benefício) a 03/07/2000 (data do reajuste da pensão).

O magistrado *a quo* julgar procedente a demanda, reconheceu a prescrição das parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, nos termos do enunciado da Súmula nº 85 do STJ, restando a condenação do ente estatal ao pagamento dos valores compreendidos entre 19/07/1995 e 19/07/2000.

- Da ilegitimidade do Estado do Ceará para arcar com o pagamento das parcelares anteriores à 1º/10/1999. Aplicação da Lei Complementar Estadual nº 24/2000.

Em seu recurso, o ente público estatal alegou, em preliminar, sua ilegitimidade passiva, por entender que "*o SUPSEC somente responderá pelas obrigações previdenciárias originadas após sua instituição, ou seja, a partir de sua implantação, que ocorreu em 01 de outubro de 1999, ficando a cargo do Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC a responsabilidade por eventuais obrigações e débitos relativos ao período antecedente a instalação do Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Civis e Militares, Agentes Públicos e Membros de Poder do Estado do Ceará*" (fl. 51).

A matéria ora em apreço rememora as alterações introduzidas pela Emenda à Constituição Estadual nº 39/1999 e pelas Leis Complementares Estaduais nº 12/1999, nº 17/1999 e nº 24/2000.

Tais normas jurídicas alteraram a competência do então Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC, separando as funções de administração da previdência social e de assistência à saúde aos servidores públicos do Estado do Ceará.

A Lei Complementar nº 12, de 23 de junho de 1999, estabelece em seu art. 12, VI, o seguinte:

> "Art. 12. Ressalvando-se a manutenção e o pagamento dos benefícios atualmente concedidos, que passam a ser suportados pelo Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis e Militares, dos Agentes Públicos e dos Membros de Poder do Estado do Ceará - SUPSEC, ficam extintos, a partir da data em que se tornar exigível a contribuição instituída nesta Lei Complementar para o custeio do SUPSEC:
> (...)
> Vl - as pensões pagas pelo Instituto de Previdência do Estado do Ceará - IPEC e a respectiva contribuição."

Diante disto, a Lei Complementar nº 24, de 23 de novembro de 2000, instituiu regras de transição na concessão e ajuste de pensões do sistema originário extinto para o Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis e Militares, dos Agentes Públicos e dos Membros do Poder do Estado do Ceará – SUPSEC, disciplinando que:

> "Art. 1º. A concessão de pensão por morte do contribuinte do Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis e Militares, dos Agentes Públicos e dos Membros de Poder do Estado do Ceará – SUPSEC, dar-se-á por ato do Secretário da Fazenda, em relação a óbito ocorrido a partir de 1º de outubro de 1999, data em que se tornou exigida a contribuição de que trata o Art. 5º da Lei Complementar nº 12, de 23 de junho de 1999.
>
> Art. 2º. O pedido de concessão ou de ajuste de pensão relativa a óbito ocorrido em data anterior à indicada no Art. 1º desta Lei Complementar, será apreciado com base na legislação ordinária previdenciária aplicável na época do falecimento, competindo a decisão e expedição do ato à autoridade nela indicada, limitado o ato concessivo às prestações compreendidas no período situado entre a data do óbito e 30 de setembro de 1999, **sendo as prestações posteriores da pensão absorvidas automaticamente pelo Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis e Militares, dos Agentes Públicos e dos Membros de Poder do Estado do Ceará – SUPSEC**, observada agora a legislação deste, inclusive para efeito de eventual ajuste aos termos da Lei Complementar nº 12, de 23 de junho de 1999 e suas alterações.
>
> Parágrafo único. Fica autorizada a suplementação orçamentária necessária ao cumprimento do disposto no *caput*deste artigo.
>
> **Art. 3º. Face à competência residual reconhecida no artigo anterior ao Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC, compete à Procuradoria dessa autarquia atuar nos processos judiciais relativos à discussão de pensão decorrente de fato gerador antecedente a 1º de outubro de 1999, exclusivamente com relação às prestações compreendidas até 30 de setembro de 1999, podendo a Procuradoria-Geral do Estado agir em litisconsórcio,**

> **quando houver interesse relativo ao SUPSEC ou outro interesse do Estado, observada sempre a legislação processual aplicável."** (destacado).

Portanto, resta claro que o Estado do Ceará somente possui legitimidade para responder por débitos previdenciários referentes ao período posterior a 30 de setembro de 1999, sendo as parcelas anteriores a esta data de competência do IPEC e, atualmente, de seu sucessor, o ISSEC.

In casu, tendo em vista que o objetivo perseguindo nos presentes autos envolve parcelas relativas ao período de julho de 1995 a julho de 2000, merece reforma a douta sentença *a quo* esclarecer que, à luz da legislação estadual aplicável, o insurgente somente pode ser compelido a pagar os valores da diferença de pensão a partir de 1º de outubro de 1999 até 19 de julho de 2000.

É neste sentido a jurisprudência firmada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

> "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PREVIDENCIÁRIO. ILEGIMITIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*DO ISSEC. RECONHECIMENTO. MORTE DO INSTITUIDOR DA PENSÃO ANTES DO DIA 01/10/1999. PRESTAÇÕES POSTERIORES. COMPETÊNCIA DO ESTADO. LEI COMPLEMENTAR Nº 24/00. AUSÊNCIA DE RECURSO VOLUNTÁRIO DA AUTORA. SÚMULA 45 DO STJ. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.
> 1. **Com o advento da Lei Complementar nº 24/2000 restou evidenciada a legitimidade residual do IPEC para figurar nos processos judiciais relativos à discussão de pensão decorrente de fato gerador antecedente a 01/10/1999, especificamente com relação às prestações compreendidas até 30/09/1999**. **As parcelas subsequentes ficaram a cargo do SUPSEC.**2. A condenação imposta envolve as parcelas referentes ao interregno de janeiro/2000 a abril/2000, considerando se tratar de prestação de trato sucesso em que o juízo *a quo*reconheceu a prescrição das parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da demanda.

3.O pagamento das diferenças da pensão por morte no mencionado período é de responsabilidade do Estado do Ceará, e não do ISSEC (sucessor do IPEC). Reconhecida a ilegitimidade passiva suscitada no apelo.4.Por outro lado, merece destaque o fato de a ação ter sido manejada somente contra o IPEC. Apesar de a autora ter requerido na réplica o chamamento do Estado do Ceará para integrar o polo passivo, não houve deferimento desse pleito e a postulante permaneceu inerte, sem nada apresentar ou requerer. 5.Ademais, a integração do mencionado ente público nessa fase processual não seria possível, tanto pela ausência de recurso voluntário da parte interessada como pela impossibilidade de agravamento da situação da Fazenda Pública em sede de reexame necessário (Súmula nº 45 do STJ). 6.Recurso de apelação conhecido e provido." (APC 0712131-24.2000.8.06.0001; Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 25/01/2016; Data de registro: 25/01/2016) (destacado)

* * *

"REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. **PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. ÓBITO DO INSTITUIDOR OCORRIDO ANTES DA VIGÊNCIA DAS LEIS COMPLEMENTARES 12/99 e 24/00**. PRESTAÇÕES POSTERIORES. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO ISSEC. RECONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO ESTADO, VIA SUPSEC. AUSÊNCIA DE RECURSO VOLUNTÁRIO DA AUTORA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. **A Lei Complementar nº 24/2000 dispõe acerca da legitimidade passiva do IPEC para figurar nos processos judiciais em que há discussão de pensão cujo fato gerador seja antecedente a 01/10/1999**. 2. No caso em apreço, tem-se a competência do ISSEC, tendo em vista o óbito do instituidor da pensão ocorrido em 1990. **3. Pela dicção dos artigos da LC 24/2000, vê-se que a responsabilidade do ISSEC refere-se a prestações compreendidas até a data de 30/09/1999. As parcelas subsequentes são de responsabilidade do SUPSEC**. 4. As prestações devidas à autora referem-se

ao período de 01/11/2006 à 30/10/2007. Nesse contexto, a ilegitimidade passiva aduzida pelo ISSEC é evidente, segundo o disposto no art. 3º da LC 24/2000. 5. Na sentença restou estipulada a extinção do feito com relação ao Estado do Ceará, sem que a autora tenha se insurgido contra essa decisão. O presente recurso foi manejado pelo ISSEC, não havendo como imputar ao Estado o dever de arcar com o ônus da demanda. 6. Recurso de apelação e reexame necessário conhecidos e providos." (APC 0000397-22.2007.8.06.0115; Relator(a): FRANCISCO GLADYSON PONTES; Comarca: Limoeiro do Norte; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 29/02/2016; Data de registro: 29/02/2016) (destacado)

* * *

"(...) 5. À posteriori, com a vigência da Lei Complementar nº. 24/2000, todas as demandas que visassem a concessão ou ajuste de pensão relativa a óbito (fato gerador) ocorrido em data anterior a 1º de outubro de 1999 e que tivessem relação com as prestações compreendidas até 30 de setembro de 1999, competiriam ao IPEC, representado processualmente por sua Procuradoria Autárquica. **Desse modo, se o óbito do segurado tivesse ocorrido após 1º de outubro de 1999 ou se as parcelas pleiteadas fossem referentes à período posterior 30 de setembro de 1999 – neste caso não importando a data do óbito – competiria ao Estado do Ceará, através do SUPSEC, a responsabilidade.**6. Por fim, com a edição da Lei Estadual de nº. 13.875 de 2007, que empreendeu significativa reforma administrativa, passou o Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC a denominar-se Instituto de Saúde dos Servidores do Estado do Ceará – ISSEC, residindo sua competência tão somente em prestar serviços de assistência à saúde aos servidores públicos estaduais. 7. Assim, quanto às questões previdenciárias, trata-se de clara hipótese de sucessão processual legal, vez que extinta a pessoa jurídica do IPEC, restando ao ISSEC tão somente a competência de prestar serviços assistenciais de saúde, coube ao Estado do Ceará, através do SUPSEC, gerido pela SEPLAG e SEFAZ, o cumprimento das obrigações de cunho previdenciário, sendo este o entendimento majoritário desta Corte Alencarina. (...)" 9. Agravo de Instrumento conhecido e desprovido. Decisão mantida." (AI 0628997-14.2014.8.06.0000; Relator (a):

> LISETE DE SOUSA GADELHA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 22/02/2016; Data de registro: 22/02/2016) (destacado)

Sendo assim, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado do Ceará quanto às parcelas anteriores a 1º de outubro de 1999, ficando, todavia, responsável pelo pagamento dos valores correspondentes aos períodos posteriores.

- Mérito: Da cobrança das diferenças das parcelas relativas à pensão previdenciária.

No mérito, deve ser confirmada a sentença proferida em 1º grau de jurisdição que condenou o Estado do Ceará a restituir à autora a diferença de valores referente à pensão deixada pelo falecimento de seu genitor.

De acordo com a exordial, com o falecimento de seu pai, Sr. Raimundo Nonato Ferreira, ocorrido em 24 de julho de 1994, a apelada passou a receber pensão previdenciária, contudo, consoante informou, em valor inferior ao realmente devido. Fato este que perdurou até julho de 2000, quando a Administração Pública corrigiu o equívoco, passando a efetuar o pagamento de forma integral.

Assim, havendo o reconhecimento do direito da autora à percepção do valor integral do benefício previdenciário deixado pelo seu genitor, resta à administração pública arcar com o pagamento dos valores que indevidamente deixou de repassar.

Neste sentido, confira-se a jurisprudência deste Sodalício que, analisando idêntica matéria, assim decidiu:

> "APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PENSÃO DE POLICIAL MILITAR JÁ FALECIDO. DETERMINAÇÃO DO PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS NÃO ATINGIDAS PELA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL, ACRESCIDAS DE JUROS PELOS ÍNDICES OFICIAIS DA CADERNETA DE POUPANÇA E CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IPCA.

PLEITO DE REFORMA DO *DECISUM*. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. REJEIÇÃO. NO MÉRITO, INSURGÊNCIA SOMENTE NO QUE CONCERNE A APLICAÇÃO DO IPCA COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. PRETENSÃO DE ATUALIZAÇÃO PELA TR. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. DÉBITO NÃO TRIBUTÁRIO. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF). APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO **O direito ao benefício previdenciário, *in casu*, traduz-se em circunstância jurídica reconhecida e consolidada, almejando tão somente, a beneficiária, o pagamento da pensão no *quantum* equivalente à integralidade do que perceberia seu instituidor se vivo estivesse.** caso, conforme bem entendeu o magistrado singular, cuida-se de relação de trato sucessivo, que se renova mês a mês, fazendo incidir a súmula nº 85, do Superior Tribunal de Justiça. Preliminar que se rejeita. 2. MÉRITO. 2.1. o apelante insurge-se, tão somente, com relação ao índice a ser utilizado a título de correção monetária para atualização dos valores oriundos da condenação. Neste sentido, pretende que o índice obedeça ao INPC, com taxas de 0,5% ao mês, até a data de junho de 2009, devendo, a partir daí, ser aplicado o critério estabelecido pela Lei de nº 11.960/2009, baseado na TR. 2.2. Após o STF declarar a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do artigo 5º do aludido Diploma Legal, a jurisprudência majoritária entende que, tratando-se de débito não tributário, o índice de correção a ser aplicado como indexador de atualização de verbas remuneratórias é o IPCA, em virtude de melhor refletir a inflação. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça. Sendo assim, sem embargo de opiniões em contrário, corroboro o entendimento acima exposado, acerca da aplicação do IPCA como indexador da correção monetária a ser calculada no caso ora tratado, por ser considerado o índice que, efetivamente, reflete a inflação acumulada.

> 2.3. Apelação Cível e Reexame Necessário conhecidos e desprovidos." (APC 0561537-95.2000.8.06.0001; Relator (a): LUIZ EVALDO GONÇALVES LEITE; Comarca: Fortaleza - Fórum Clóvis Beviláqua; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 25/01/2017; Data de registro: 25/01/2017) (destacado).

Assim, não havendo impugnação do recorrente quanto a este ponto, seja na peça contestatória, seja em seu apelo, limitando-se a defender a impossibilidade de percepção de vantagens próprias da atividade, correta a sentença que determinou o pagamento dos valores não percebidos pela parte, a ser apurado em liquidação de sentença.

Quanto aos honorários advocatícios, o magistrado singular agiu corretamente ao arbitrar a verba em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, à luz do que dispunha o então vigente art. 20 do CPC/73.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, conheço do reexame e do apelo interposto para dar parcial provimento ao último, no sentido de acolher a preliminar suscitada pelo insurgente, fim de afastar a condenação das parcelas anteriores a 1º de outubro de 1999. No mérito, deve o ente público estatal arcar com o pagamento dos valores da diferença de pensão previdenciária, compreendidos entre 1º de outubro de 1999 e 19 de julho de 2000.

Sobre o valor total deverão incidir juros de mora nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, a partir da citação, ao passo que a correção monetária deverá ser calculada com base no IPCA, incidente a partir do vencimento de cada parcela.

É como voto.

Fortaleza, 2 de abril de 2018.

PROCESSO N.º: 0766839-33.2014.8.06.0001 – APELAÇÃO CÍVEL.
ORIGEM: 4ª VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE FORTALEZA/CE.
AÇÃO: APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL – MEDIDA SOCIOEDUCATIVA.
APELANTE: J. V. R. DA S.
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ.
RELATORA: JUÍZA CONVOCADA MARLÚCIA DE ARAÚJO BEZERRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE AO CRIME DE ROUBO AGRAVADO PELO CONCURSO DE AGENTES E USO DE ARMA, TIPIFICADO NO ART. 157, § 2º, I E II DO CÓDIGO PENAL. PROVA DÚBIA QUANTO À AUTORIA. VÍTIMAS INSEGURAS QUANTO AO RECONHECIMENTO DO ADOLESCENTE, INICIALMENTE APONTADO EM FOTOGRAFIA, PELA POLÍCIA, COMO INFRATOR. NEGATIVA DE AUTORIA QUE NÃO RESTOU, PLENA E EFICAZMENTE, AFASTADA PELA PROVA COLIGIDA AOS AUTOS. *IN DUBIO PRO REO*. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. REPRESENTAÇÃO IMPROCEDENTE.

1. Adolescente apontado como infrator, apreendido não em flagrante próprio, mas apenas em diligências empreendidas por policiais após a consumação da subtração, e com o qual nenhuma arma, *res furtiva* ou qualquer outro objeto relacionado ao fato ilícito fora apreendido.

2. Vítimas que, ao prestarem depoimento em juízo, demonstraram evidente insegurança em reconhecer o adolescente increpado como um dos autores do delito, não se podendo afastar por completo a possibilidade de que tenham sido, ainda que indiretamente, sugestionados e influenciados por exibição prévia, isto é, anterior à apreensão, da fotografia do representado, que constava dos registros policiais como infrator contumaz na área onde se deu o fato.
3. Imagens do fato capturadas por câmeras de filmagem, mas não fornecidas à Justiça por ficarem disponibilizadas por apenas 10 (dez) dias, tendo sido a requisição encaminhada à empresa em cuja loja se deu o evento ilícito quase 1 (um) ano após o fato.
4. Negativa veemente de autoria do representado não completamente debelada pelas provas coligidas aos autos, motivo pelo qual não logrou êxito a parte autora em se desincumbir do *onus probandi* que lhe competia.
5. Apelação conhecida e provida, reformando-se a sentença para julgar improcedente a Representação.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Terceira Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade da Turma, em conhecer da Apelação Cível n.º 0766839-33.2014.8.06.0001, para dar-lhe provimento, reformando a sentença para julgar improcedente a Representação, nos termos do voto desta Relatoria.

Fortaleza/CE, 17 de maio de 2017.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação cível interposta com o objetivo de desconstituir sentença proferida pelo douto Juízo de Direito da 4ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Fortaleza/CE, nos autos do presente processo de apuração de ato infracional, ajuizado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ em desfavor do adolescente J. V. R. D. S.

A douta Promotoria de Justiça de primeiro grau ofertou a Representação constante às páginas 1/3 imputando ao adolescente em referência a prática de ato infracional análogo ao delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II do Código Penal.

Aduz o autor, em síntese, que o menor, em conluio de vontades com outro indivíduo não identificado, este imputável, subtraiu, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, o dinheiro que se encontrava no caixa do estabelecimento comercial denominado Farmácia Extrafarma, em sua loja localizada na avenida Santos Dumont, nesta capital, além de valores e bens pertencentes a vários empregados e clientes que ali se encontravam, fato ocorrido às 12h 30min do dia 20m de maio de 2014.

Recebida a Representação à página 34.

Audiência de apresentação à página 43 e de instrução à página 72, tendo sido os depoimentos testemunhais e alegações das partes produzidas oralmente e gravadas em mídia audiovisual.

Produziram as partes, na sequência, suas derradeiras alegações, o Ministério Público pugnando pela procedência da representação, aduzindo que há prova plena da prática do ato infracional pelo representado, devendo ser-lhe aplicada a medida socioeducativa de internação, dada a gravidade do fato, equivalente ao crime de roubo agravo pelo uso de arma e concurso de agentes, o que justifica a imposição da providência socioeducativa de excepcional impacto constritivo (páginas 77/80).

A defesa, por seu turno, pleiteia a improcedência da representação sob a tese negativa de autoria, considerando insuficiente a prova produzida, afirmando que "não restou demonstrada pela acusação a real participação do menor nos fatos.". (Páginas 81/85).

Sentença às páginas 86/91, julgando procedente a representação e determinando o juízo primevo o cumprimento, pelo ora apelante, de medida socioeducativa consistente em internação.

Interpondo a presente apelação, alega o jovem apontador como infrator que, devido ao longo tempo decorrido desde a data do evento ilícito, ocorrera sua "ressocialização voluntária" sendo contraproducente uma medida de internação tardia, por seu caráter excepcional, inexistindo o relatório da equipe interprofissional a indicar a adequação da medida extrema ao caso em tela (Páginas 103/115).

Contra-arrazoada a apelação (páginas 120/129), requereu a ilustre Promotoria o improvimento do recurso, reforçando que a sentença fora prolatada em perfeita sintonia com a prova produzida.

Manifestando-se às páginas 145/151, a douta Procuradoria de Justiça opinou pela manutenção da integralidade do *decisum* atacado por entendê-lo, também, bem adequado à gravidade do ato infracional, cuja autoria, por parte dos ora apelantes, restou plenamente demonstrada nos autos.

Eis o relato.

VOTO

Conheço do presente recurso, vez que apropriado à espécie e apresentado tempestivamente, presentes, outrossim, os requisitos de admissibilidade.

Quanto à prova, o exame do conjunto reunido nos presentes autos digitais conduz inexoravelmente à convicção de que não há plenitude a atestar que o jovem apontado como infrator, ora apelante, realmente tenha praticado, em conluio com outrem não identificado, o grave ato infracional descrito na exordial.

J. V., em suas declarações, negou com veemência a imputação, afirmando que, no momento do fato encontrava-se em uma *lan house*, asseverando que seu reconhecimento decorre do fato de já haver perpetrado um ato infracional da mesma espécie anteriormente, ficando "conhecido" pelos policiais, que influenciaram as vítimas a reconhecê-lo como autor do ilícito do qual ora se cuida.

É de se ressaltar que com o referido adolescente, apontado como infrator, apreendido em sua própria residência por policiais que empreendiam diligências, nenhum valor ou objeto relacionado ao evento ilícito fora encontrado.

A policial Márcia Cristina Mourão Silveira aduz que não estava presente no momento do fato, tendo sido solicitada a intervir por funcionário da farmácia após a fuga dos assaltantes. Revela que assistiu a filmagem do roubo e quando perguntada se nessa filmagem da cena do roubo reconheceu alguém, respondeu: "sim, porque a gente já tinha fotos e foi reconhecido" (A partir de 1min). Mais a frente refere-se ao fato de que o representado já era conhecido dos policiais na área do fato pelo cometimento de ilícitos, os quais, no entanto, não soube especificar.

Nota-se claramente, no registro audiovisual do depoimento, que a referida testemunha não se apresenta com a segurança necessária para imprimir a indispensável confiabilidade plena a suas declarações. Responde de forma monossilábica e quase murmurante, complementando com simples gestos afirmativos com a cabeça, a indagações cuja resposta, se houvesse maior convicção de acerto, ensejaria amplo e espontâneo detalhamento.

Ademais, deixa claro que o reconhecimento do jovem apontado como infrator, ocorreu, primeiramente, por comparação entre a filmagem, que se perdeu, diga-se de passagem, e fotos previamente existentes nos registros dos policiais que atuavam na área e não por afirmação espontânea de qualquer das vítimas.

Espínola Filho, transcrito por Magalhães Noronha, quanto a isso, adverte:

> "A opinião comum dos autores rejeita a figura do reconhecimento em fotografias, criando a possibilidade de erros, tanto mais frequentes quanto os truques fotográficos realizam prodígios de fantasia. Demais, principalmente quando se trata do reconhecimento de pessoas, é preciso atender a grande influência que representa, para o reconhecimento, observar as manifestações de vida, andar, gestos, fala, mudanças de expressão" (Curso de Direito Processual Penal. Saraiva. 21ª edição. 1992. página 126).

Fernando da Costa Tourinho Filho explica que:

> "às vezes, a testemunha depõe na certeza de estar dizendo a verdade, sem que o esteja. Enfim: mente sem saber que está mentindo... Sabe-se que os fatos são apreendidos pelos sentidos que geram os estímulos. Estes, uma vez levados aos centros cerebrais, determinam as sensações e, de conseguinte, as percepções. A percepção é o efeito da fusão de uma sensação atual, com outras, também atuais, ou, então, previamente fixadas na memória" (Processo Penal. 11ª edição. São Paulo. Saraiva, 1989).

É possível inferir-se dos depoimentos colhidos, que o adolescente aqui apelante fora apreendido em sua própria casa, por policiais que encetavam diligências, isto após a consumação do fato e fuga dos assaltantes, quando já não havia mais flagrância delitiva propriamente dita mas, quando muito, a possibilidade de um flagrante impróprio, imperfeito, irreal, presumido ou ficto, caso o perseguido fosse encontrado com instrumentos, armas ou objetos que fizessem presumir ser ele o autor da infração, o que não ocorreu.

Tais policiais, então, por já saberem do antecedente infracional do representado, de sua má fama na comunidade e por conta de suas características físicas compatíveis com a do assaltante que supostamente aparece na filmagem do roubo, que repito, não se diligenciou para preservar, tendo sido apagada (página 48), direcionaram suas ações de busca para o referido increpado, colhendo-o em casa, sem nada de material que o vinculasse à infração, embora ocorrida pouquíssimo tempo antes.

Nenhuma das vítimas que depuseram em juízo reconheceu, com a segurança e a precisão necessária, o representado como coautor do evento ilícito. Todos narram com riqueza de detalhes o fato, mas no momento em que são instados a reconhecer o infrator, hesitam.

O exemplo mais patente de tal incomum vacilação pode ser detectado no depoimento da vítima Jonathan Ferreira Veras. Vejamos:

Pergunta formulada pela Excelentíssima Senhora Promotora de Justiça Gláucia de Deus Ribeiro: "Senhor Jonathan, me diga uma coisa... todos nós temos que é importante que a Justiça acerte, acerte sempre... quanto

mais a Justiça acertar, melhor para todos, não é? O Senhor disse ai que o rapaz a toda hora negando que foi ele, mas nós precisamos saber do senhor o seguinte... o seu depoimento é de extrema importância nesse processo porque? Porque foi quem viu o assaltante, foi quem sofreu o assalto né... então ninguém melhor que o Senhor para dizer se reconhece ou não, mas quando o Senhor diz pra gente que reconheceu no xadrez da viatura, né isso... o apreendido como sendo um dos autores do roubo, o senhor afirma pra gente que é com toda certeza e responsabilidade que o senhor declara isso perante a Justiça porque ninguém aqui está disposto a fazer nenhuma injustiça e eu creio que nem o senhor... é com firmeza, tranquilidade, responsabilidade, que o senhor diz isso? Que o rapaz que chegou na viatura era realmente o mesmo, um dos assaltantes?" (A partir de 8min 55seg).

Resposta da referida testemunha: "Sim... ai na hora em que eu fui lá reconhecer ele, na viatura lá... no xadrez da viatura... ele negando a todo a todo instante... e eu afirmando que era ele... **ai veio na minha mente dúvida**... ai eu pedi para os policiais descerem ele da viatura e colocarem junto a mim, em pé... porque eu me recordo que quando ele entrou na farmácia, comparando a minha altura com a dele, ele era menor do que eu... só que depois de eu ter feito isso, ter falado para o policial: "**não policial, eu acho que não é ele**", a gente foi lá nas filmagens de novo, da farmácia... e dentro da farmácia existe uma gôndola de preservativo... na filmagem, quando eu passo perto dessa gôndola, eu sou do tamanho da gôndola... depois, quando ele passa também, o de menor, perto da gôndola, ele não é menor nem maior do que a gôndola, é exatamente do mesmo tamanho... e dai eu tive a certeza que era ele" (A partir de 10min 08seg).

Ora, quem tem certeza plena acerca do reconhecimento de um assaltante, não precisa ficar a comparar a altura do mesmo com a sua própria ou com algum objeto de referência, procedimento que mostra o quão inseguro, vago, influenciado e impreciso fora tal reconhecimento.

Infere-se do depoimento, ainda, que a tal "certeza" fora deveras influenciada pelos policiais que fizeram a apreensão do representado.

Como se percebe de toda a prova coligida, inclusive dos depoimentos da policial e da vítima supra referidos, há uma aparente certeza

subjetiva da coautoria atribuía ao representado, convicção esta, porém, que sempre se entremostra permeada por hesitação, nada mais sendo, então, que indisfarçável dúvida, incompatível, portanto, com qualquer pretensão de imposição de medida socioeducativa.

Em casos desta natureza são sempre bem vindas estas lições, as quais, embora digam respeito ao processo penal, servem perfeitamente ao processo de apuração de ato infracional. Sobre a prova:

> "A da acusação há de ser plena e convincente, ao passo que para o acusado basta a dúvida" (Edgard Magalhães Noronha, Curso de Direito Processual Penal, Saraiva, 21ª edição, 1992, pág. 91).
>
> "Diz-se plena a prova quando nos leva a certeza; se é mera probabilidade é semiplena. Esta não é suficiente para se reconhecer a culpabilidade. A certeza é a única base da condenação" (Carrara, *In*Programa do Curso de Direito Criminal, parte geral, vol. II, trad. Franceschini e Prestes Barra, São Paulo, 1957, pág. 399).
>
> "Condenar um possível delinquente é condenar um possível inocente" (Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, vol. V, Pág. 59).

Nestes autos, repito, permanece apenas a possibilidade de que J. V. R. D. S.tenha praticado o ato infracional que se lhe imputa e, em tal terreno movediço, crivado por meras conjecturas, não se pode querer estabelecer expiação socioeducativa.

> "Como é cediço na doutrina e jurisprudência pátrias, afigura-se inadmissível ao magistrado sentenciante prolatar uma decisão condenatória quando se lhe apresente duvidosa a autoria delituosa, sendo imperioso nestes casos a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, de feição constitucional" (TJCE Apelação Criminal n.º 2000.00128-7
> Relator Des. José Eduardo M. Almeida).

> "A prova testemunhal colhida na fase instrutória não apontou, com segurança, a autoria da prática criminosa *sub judice*, motivo pelo qual se impõe a aplicação, no caso concreto, do princípio *in dubio pro reo*, para absolver o acusado da imputação criminosa, com fulcro no art. 386, IV do CPP" (TJCE Apelação Criminal n.º 1999.11584-3 Relator Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha).

> "O decreto de procedência da ação penal que não possui base em prova que elimine toda e qualquer versão favorável ao acusado é de ser rejeitado. De há muito já se firmou o conceito de que o Direito Penal não atua sob conjecturas ou probabilidades, é exigência legal de prova. Sem a demonstração de forma real e eficaz do fato imputado ao acusado, não se toma possível o reconhecimento da culpabilidade. Poder-se-ia argumentar que, em face do principio do livre convencimento do juiz, seria ela possível. Não se pode confundir o livre convencimento, que tem sempre seu fundamento na prova, com a íntima convicção do Magistrado. Esta última não serve para a procedência da ação penal" (TJSP APELAÇÃO CRIMINAL n.º 260.289-3/6, da Comarca de LIMEIRA, Relator ALMEIDA SAMPAIO).

Isto posto, firme nas razões acima delineadas, conheço da apelação interposta, dando-lhe provimento para, desconstituindo a sentença recorrida, julgar improcedente a Representação exordial, por não existir prova plena de que tenha sido o representado um dos coautores do ato infracional nela descrito.

É como voto.

Fortaleza/CE, 17 de maio de 2017.

PROCESSO: 0913125-77.2014.8.06.0001 – APELAÇÃO
APELANTE: VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA.
APELADO: ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. ÓRGÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MULTA ADMINISTRATIVA. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. VÍCIO DO PRODUTO. COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA. PODER DE POLÍCIA. PRODUÇÃO PROBATÓRIA. ANÚNCIO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PARTES MANTIVERAM-SE OMISSAS. PRECLUSÃO TEMPORAL. PERDA DA FACULDADE PROCESSUAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADES. VALOR DA MULTA. CRITÉRIOS DE GRAVIDADE DA INFRAÇÃO, VANTAGEM AUFERIDA PELA EMPRESA E CONDIÇÃO ECONÔMICA DO FORNECEDOR OBSERVADOS. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE ADMINISTRATIVOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Trata-se de Apelação ajuizada pela empresa Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda em face da sentença prolatada pela Exma. Juíza de Direto da 9ª Vara da Fazenda Pública a qual julgou improcedente demanda visando a anulação de decisão administrativa prolatada pelo Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – DECON/CE, ora representado pelo Estado do Ceará.

2. O Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – DECON/CE detém poder de polícia para impor sanções administrativas relacionadas à transgressão dos preceitos ditados pelo Código de Defesa do Consumidor. Tal orientação encontra-se firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados.

3. A parte apelante alega em suas razões que a decisão administrativa encontra-se eivada de graves vícios que ensejariam sua anulação. Argumenta que o veículo, objeto da reclamação, deveria ter sido submetido a inspeção técnica por profissional hábil e imparcial. Contudo, observa-se que a Magistrada de plano refutou a produção probatória em razão dos elementos trazidos aos autos e, por considerar que o caso em apreço versa somente sobre questão de direito, determinou o julgamento antecipado da lide.

4. As partes litigantes, devidamente intimadas do julgamento antecipado da lide, nada apresentaram para se oporem a tal *decisum*, deixando transcorrer o prazo sem nada requererem nos autos. Pode-se concluir que houve a perda da faculdade processual em apresentar insurgência tempestiva e, via de consequência, ultrapassada a possibilidade de produção probatória, ocorrendo o fenômeno da preclusão temporal, pois uma vez decorrido o prazo para apresentar insurgência sobre as decisões delineadas no decorrer do processo, em especial sobre o julgamento antecipado da lide, impossibilita-se as partes reivindicá-las posteriormente, de forma a reiterar possíveis atos processuais, já perfectibilizados.

5. Cabe ao Poder Judiciário verificar se o processo administrativo que culminou na sanção aplicada revestiu-se da regularidade e legalidade necessárias. Pode-se observar que foi concedida a empresa apelante oportunidade de se manifestar em contraditório. Da decisão prolatada no Processo Administrativo de nº 0109-021.628-4 foi apresentado Recurso Administrativo, o qual foi parcialmente provido pela Junta Recursal do Programa Estadual de Proteção e Defesa ao Consumidor – JURDECON, sendo reduzida a multa aplicada de 100.000 UFIRs (cem mil UFIRs) para 50.000 UFIRs (cinquenta mil UFIRs). Portanto, não há que se afastar os termos da sanção aplicada em decorrência da regularidade do processo administrativo realizado e do poder de polícia regularmente efetivado pelo órgão referenciado.

6. Por fim, a parte recorrente postula a minoração do valor que lhe fora imputado na sanção administrativa. O controle jurisdicional do processo administrativo limita-se ao exame da regularidade do procedimento e à legalidade do ato, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade determinados pela autoridade competente, conforme premissa do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor.

7. Portanto, observadas a gravidade da infração, a vantagem auferida pela empresa e a condição econômica do fornecedor, verifica-se a legalidade da exação administrativa, sendo inviável a reanálise do *quantum* da multa aplicada fora dos parâmetros

legais, sob pena de invadir-se indevidamente o teor da decisão administrativa.
8. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e negar provimento a Apelação nº. 0913125-77.2014.8.06.0001, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 13 de junho de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação apresentada por Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda em contrariedade a sentença prolatada pela Exma. Juíza de Direto da 9ª Vara da Fazenda Pública a qual julgou improcedente a Ação Anulatória de notificação e imposição de multa administrativa em face do Estado do Ceará.

Em sua minuta, fls. 342/366, narra a empresa recorrente que o órgão de proteção e defesa do consumidor – DECON impôs multa pecuniária pelo alegado descumprimento da lei nº 8.078/90, sendo submetida ao Processo Administrativo de nº 0109-021.628-4.

Afirma que a demanda administrativa teve origem pela comunicação do consumidor que após adquirir veículo relatou que o mesmo apresentou diversos problemas. Ao considerar os diversos defeitos foi manejada reclamação administrativa junto à Procuradoria Geral de Justiça – Programa Estadual de Defesa do Consumidor pleiteado a imediata substituição do veículo ou a devolução dos valores pagos.

Aduz ter sido imposta multa no valor de 100.000 (cem mil) UFIRs, a qual foi reduzida para o montante de 50.000 (cinquenta mil) UFIRs.

Sustenta que a decisão administrativa encontra-se repleta de impropriedades, uma vez que a atribuição de multa ou restituição da quantia

paga é totalmente descabida e nula, pois o veículo, objeto da reclamação, deveria ter sido submetido a inspeção técnica por profissional hábil e imparcial, pois tanto o consumidor como julgador carecem de conhecimentos técnicos.

Ressalta que restando incomprovada a existência de anomalias no referido veículo, a infração imputada à apelante torna-se insubsistente, inexistindo lastro probatório para imposição de penalidade administrativa ou mesmo o dever de substituição do produto ou ressarcimento de valores.

Aponta que o julgador considerou haver descumprimento dos preceitos mandamentais do Código de Defesa do Consumidor em razão de não terem sido corrigidas as anomalias no veículo, contudo foram somente consideradas informações baseadas em ilações e irresignações do consumidor. Aduz não terem sido constatados nos autos prova ou indício de recusa de prestação dos serviços previstos legal ou contratualmente, ou que estes teria sido insuficientes para garantir a qualidade e prestabilidade do produto disponibilizado no mercado.

Atesta que o veículo fora submetido aos serviços de reparo e manutenção, procedimentos necessários para avaliação e reparo das anomalias reclamadas, sendo inadequada a aplicação do disposto nos arts. 18, 24 e 26, todos do Código de Proteção ao Consumidor, sendo necessária a prova pericial para constatar as causas das supostas anomalias no veículo a fim de elucidar a controvérsia travada.

Insurge-se ao valor da multa aplicada, argumentando que o valor da sanção pecuniária ultrapassa os limites do razoável diante das circunstâncias do caso concreto. Destaca que o valor envolvido na questão girava em torno de R$ 36.900,00 (trinta e seis mil e novecentos reais), não se consubstanciando no processo administrativo a constatação de qualquer vantagem auferida pelo fornecedor, e mesmo assim fora culminada multa em valor de R$ 206.845,56 (duzentos e seis mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e cinquenta e seis centavos), devendo ser retificada a multa nos moldes do art. 57 do CDC.

Anota a possibilidade de apreciação da matéria pelo Poder Judiciário, uma vez plausível a análise do mérito administrativo quando imbuído de discricionariedade, de modo a exercer o controle da legalidade e legitimidade.

Ao cabo, requer a reforma da sentença adversada com a anulação da decisão administrativa prolatada no Processo Administrativo de nº 0109-021.628-4 em face da violação ao direto a ampla defesa e ao contraditório. Pugna, também pela nulidade da aplicação da multa, ou ainda, intenta a sua minoração.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos legais, fl. 369.

Em contrarrazões o Estado do Ceará argumenta, em sede preliminar, a impossibilidade jurídica do pedido de anulação da penalidade pecuniária com base na análise do mérito do ato administrativo decisório. Afirma que a parte recorrente admite que intenta que o Poder Judiciário substitua a autoridade julgadora administrativa, de modo a proferir novo julgamento sobre a causa.

Adentrando ao mérito, repele a possibilidade do Poder Judiciário adentrar ao mérito dos atos administrativos, pois o controle judicial de tais atos deve somente restringir-se à verificação da legalidade e do devido processo legal, havendo consolidada jurisprudência dos Tribunais Pátrios neste sentido.

Argumenta, também, sobre o entendimento do Excelso Pretório quanto ao mérito do ato administrativo impugnado, submetido a critérios de conveniência e oportunidade e insuscetíveis de controle pelo Poder Judiciário.

Relata a plausibilidade da aplicação da multa, nos moldes dos arts. 56 e 57 da Lei nº. 8.078/1990. Alega que a pessoa jurídica promovida deveria ter comprovado a resilição do contrato firmado, incumbindo-lhe, também, informar ao segurado sobre o desfazimento das cláusulas securitárias, fato não procedido pela Apelante conforme demonstrado pelo DECON-CE em sua decisão administrativa.

Ressalta que a dosimetria da pena aplicada encontra-se totalmente prevista no art. 28, do Decreto 2.181/97, sendo aplicadas as agravantes dos incisos I, IV e VI do art. 26 do aludido decreto.

Ao final, requer o não provimento do recurso, mantendo-se inalterada a sentença prolatada pelos seus próprios termos.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Apelação ajuizada pela empresa Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda em face da sentença prolatada pela Exma. Juíza de Direto da 9ª Vara da Fazenda Pública a qual julgou improcedente demanda visando a anulação de decisão administrativa prolatada pelo Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – DECON/CE, ora representado pelo Estado do Ceará.

Primordialmente, deve-se estabelecer que o Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – DECON/CE detém poder de polícia para impor sanções administrativas relacionadas à transgressão dos preceitos ditados pelo Código de Defesa do Consumidor. Tal orientação encontra-se firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. MULTA POR INFRAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBASADO EM NORMA DE DIREITO LOCAL. DECRETO MUNICIPAL N. 13.239/2012. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 280/STF. PROCON. APLICAÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ. MULTA. LEGITIMIDADE. MANUTENÇÃO DA SANÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA.
>
> I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - O recurso especial possui fundamentação vinculada, não se constituindo em instrumento processual destinado a revisar acórdão com base em fundamentos eminentemente constitucionais, tendo em vista a necessidade de interpretação de matéria de competência exclusiva da Suprema Corte.
III - Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial, rever acórdão que demanda interpretação de direito local, à luz do óbice contido na Súmula n. 280, do Supremo Tribunal Federal.
IV - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual a sanção administrativa prevista no artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor funda-se no Poder de Polícia que o PROCON detém para aplicar multas relacionadas à transgressão dos preceitos da Lei n. 8.078/1990, independentemente da reclamação ser realizada por um único consumidor, por dez, cem ou milhares de consumidores.
V - O recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c do inciso III do art. 105 da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ.
VI - *In casu*, rever o entendimento do Tribunal de origem, que consignou pela legitimidade da multa aplicada, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.
VII - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.
VIII - Agravo Interno improvido. (AgInt no REsp 1594667/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 17/08/2016) (sublinhados nossos).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PODER DE POLÍCIA. ARTS. 535 DO CPC, 51, 56 E 57 DO CDC E 2º DA LEI 9.784/99. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. APLICAÇÃO DE MULTA PELO PROCON. POSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Não se conhece da alegada violação ao art. 535 do CPC quando as alegações que fundamentam a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos em que efetivamente houve omissão, contradição ou obscuridade ou sobre os quais tenha ocorrido erro material. Incide, no caso, a Súmula 284/STF, por analogia, segundo a qual "é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".
2. O óbice da Súmula 284/STF também é aplicável no tocante aos artigos 51, 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor e 2º da Lei n. 9.784/99, uma vez que a parte recorrente não logrou demonstrar, de forma objetiva, como o Tribunal *a quo* os teria violado.
3. "Sempre que condutas praticadas no mercado de consumo atingirem diretamente o interesse de consumidores, é legítima a atuação do Procon para aplicar as sanções administrativas previstas em lei, no regular exercício do poder de polícia que lhe foi conferido no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Tal atuação, no entanto, não exclui nem se confunde com o exercício da atividade regulatória setorial realizada pelas agências criadas por lei, cuja preocupação não se restringe à tutela particular do consumidor, mas abrange a execução do serviço público em seus vários aspectos, a exemplo, da continuidade e universalização do serviço, da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e da modicidade tarifária." (REsp 1138591/RJ, Rel.Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 05/10/2009)
4. A falta de cotejo analítico apto a comprovar o dissídio pretoriano, bem como a demonstrar a similitude fática entre os julgados confrontados, inviabiliza o conhecimento do recurso com amparo na alínea "c" do permissivo constitucional. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1541742/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 28/09/2015) (sublinhados nossos).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA APLICADA PELO PROCON À COMPANHIA DE SEGUROS.

> POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO.
> 1. Na hipótese examinada, a ora recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário de Justiça e Direitos Humanos do Estado da Bahia, em face da aplicação de multa administrativa em decorrência de processo que tramitou no PROCON, a qual violaria direito líquido e certo por incompetência do órgão de proteção ao consumidor, pois as companhias de seguro somente podem ser supervisionadas pela SUSEP.
> 2. O tema já foi analisado por esta Corte Superior, sendo consolidado o entendimento de que o PROCON possui legitimidade para aplicar multas administrativas às companhias de seguro em face de infração praticada em relação de consumo de comercialização de título de capitalização e de que não há falar em *bis in idem* em virtude da inexistência da cumulação de competência para a aplicação da referida multa entre o órgão de proteção ao consumidor e a SUSEP.
> 3. Nesse sentido, em hipóteses similares, os seguintes precedentes desta Corte Superior: RMS 24.708/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 30.6.2008; RMS 25.065/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 5.5.2008; RMS 26.397/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 11.4.2008; RMS 25.115/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 28.3.2008.
> 4. Desprovimento do recurso ordinário. (RMS 24.921/BA, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 12/11/2008) (sublinhados nossos).

Portanto, nos termos acima delineados, o Órgão possui competência administrativa para aplicar a multa questionada, ao utilizar-se poder de polícia.

A parte apelante alega em suas razões que a decisão administrativa encontra-se eivada de graves vícios que ensejariam sua anulação. Argumenta que o veículo, objeto da reclamação, deveria ter sido submetido a inspeção técnica por profissional hábil e imparcial.

Contudo, observa-se que em decisão de fl. 322, a Magistrada de plano refutou a produção probatória em razão dos elementos trazidos aos autos e, por considerar que o caso em apreço versa somente sobre questão de direito, reconhecendo, na oportunidade, a possibilidade de julgamento antecipado da lide.

As partes litigantes, devidamente intimadas do julgamento antecipado da lide, nada apresentaram para se oporem a tal *decisum*, deixando transcorrer o prazo sem nada requererem nos autos.

Ora, pode-se concluir que houve a perda da faculdade processual em apresentar insurgência tempestiva sobre o *decisum* e via de consequência, ultrapassada a possibilidade de produção probatória, ocorrendo o fenômeno da *preclusão temporal*, pois uma vez decorrido o prazo para apresentar insurgência sobre as decisões delineadas no decorrer do processo, em especial sobre o julgamento antecipado da lide, impossibilita-se as partes reivindicá-las posteriormente, de forma a reiterar possíveis atos processuais, já perfectibilizados. Com a clareza que lhe é peculiar, ensina o doutrinador José Miguel Garcia Medina sobre o conceito de preclusão:

> Em sentido amplo, é possível falar em preclusão para o juiz e para as partes, embora a expressão seja comumente empregada para designar a perda de uma faculdade processual. Parte da doutrina prefere restringir a expressão preclusão à extinção de faculdade processual das partes (cf. comentário ao art. 226 do CPC/2015). Uma das formas de preclusão ocorre quando decorrido o prazo para se praticar o ato, extinguindo-se a respectiva faculdade processual (preclusão temporal, a que se refere o art. 223 do CPC/2015). Nesse caso, a preclusão é decorrente da omissão em relação a ato que poderia ser praticado (dentro de um prazo, como diz o art. 223 do CPC/2015, embora ocorra preclusão também quando a parte não pratica o ato em um momento específico, como no caso previsto no art. 63, § 4.º, do CPC/2015). A realização de um ato também gera preclusão, em vários sentidos: a) não se pode exigir do sujeito que o realize novamente; b) o próprio sujeito não pode, querendo, realizá-lo novamente (afirma-se haver, nesse caso, preclusão consumativa, que, no entanto,

> é mitigada, no CPC/2015, cf. comentário infra), tendo-se assim se decidido, na vigência do CPC/1973: "Na hipótese de interposição de dois recursos contra a mesma decisão, não se conhece do segundo, em virtude da preclusão consumativa" (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 480.648/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 10.06.2014; cf., no entanto, o que se diz abaixo); c) veda-se que se faça algo em contradição com aquilo que já se fez (preclusão lógica), por exemplo: "Se o próprio exequente peticionou informando que a dívida foi integralmente paga, e requereu a extinção da execução, não pode, em seguida, à vista da preclusão lógica, recorrer da decisão que extinguiu o processo alegando a inexistência de pagamento" (STJ, AgRg no AREsp 399.070/ES, rel. Min. Ari Pargendler, 1.ª T., j. 11.03.2014). Liga-se a preclusão lógica à proibição de *venire* contra *factum proprium* (a respeito, cf. comentário ao art. 5.º do CPC/2015). Sobre a preclusão em relação aos atos que devem ser praticados pelo órgão jurisdicional, cf. comentário ao art. 226 do CPC/2015.
>
> Findo o prazo, extingue-se o direito de praticar o ato processual (preclusão temporal, cf. art. 223, *caput*, do CPC/2015). Há hipóteses em que, embora não se refira a prazo, dispõe a lei que algo deve ser feito na "primeira oportunidade" ou no "primeiro momento" (por exemplo, art. 278, *caput*). Pode ainda agregar-se, ao fator tempo, a exigência de realização do ato em uma ocasião determinada ou de um modo peculiar (por exemplo, arts. 63, § 4.º, 209, §§ 1.º e 2.º, do CPC/2015). (MEDINA, José Miguel. Novo Código de Processo civil comentado. 23ª ed. ebook, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2015, pág. 229).

Tal fenômeno ocorre devido à sequência processual dos atos, cujo devir não pode ser interrompido diante da omissão ou falta de quaisquer das partes. Portanto, após os litigantes serem regularmente intimados do anúncio do julgamento antecipado da lide, e restando omissos após o decurso do prazo, restou ultrapassada a oportunidade de contrapor-se a produção probatória, pois não demonstrados nos autos justo impedimento ou a constituição de fato nova a ser averiguado pelo juízo de plano.

Neste passo, cabe ao Poder Judiciário verificar se o processo administrativo que culminou na sanção aplicada revestiu-se da regularidade e legalidade necessárias. Pode-se observar que foi concedida a empresa apelante oportunidade de se manifestar em contraditório, cf. fls 96 e 100.

Da decisão administrativa prolatada no Processo Administrativo de nº 0109-021.628-4 foi apresentado recurso administrativo, fl. 184/203, o qual foi parcialmente provido pela Junta Recursal do Programa Estadual de Proteção e Defesa ao Consumidor – JURDECON, sendo reduzida a multa aplicada de 100.000 UFIRs (cem mil UFIRs) para 50.000 UFIRs (cinquenta mil UFIRs). Portanto, não há que se afastar os termos da sanção aplicada em decorrência da regularidade do processo administrativo realizado e do poder de polícia regularmente efetivado pelo órgão referenciado.

Por fim, a parte recorrente postula a minoração do valor que lhe fora imputado na sanção administrativa. Alega, para tanto, que o montante ultrapassa a proporcionalidade e razoabilidade que devem ser aplicadas na fixação da pena. Neste contexto, requer que o Poder Judiciário se imiscua no mérito administrativo, de modo a efetivar incursão no grau de conveniência e oportunidade administrativas na fixação de valores sancionatórios, a fim de adotar conclusão diversa daquela à qual chegou a autoridade administrativa competente.

Em verdade, o controle jurisdicional do processo administrativo limita-se ao exame da regularidade do procedimento e à legalidade do ato, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade determinados pela autoridade competente, conforme premissa do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, observadas a gravidade da infração, a vantagem auferida pela empresa e a condição econômica do fornecedor, verifica-se a legalidade da exação administrativa. Noutro giro, mostra-se inviável a reanálise do *quantum* da multa aplicada, sob pena de invadir-se indevidamente o teor da decisão administrativa. Sob tal tema, seguem julgados do STJ:

> CONSUMIDOR. PRÁTICA ABUSIVA. CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATO DE ADESÃO A CARTÃO

DE CRÉDITO. MULTA ADMINISTRATIVA APLICADA PELO PROCON AO FORNECEDOR. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS PARA FINS DE REDUÇÃO DA SANÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 5/STJ. REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. CONTRATO DE DURAÇÃO. INCIDÊNCIA DO CDC E DE SUAS ALTERAÇÕES.

1. O Procon-MG instaurou processo administrativo contra fornecedora de serviços de cartão de crédito, resultando na aplicação de multa por: cobrança de tarifa de administração; cobrança de taxa de emissão de boleto bancário para emissão mensal de fatura, independentemente de o pagamento ser realizado por meio de débito em conta, dinheiro ou cheque pós-datado; cobrança de tarifa de débito em conta corrente; contratação adesiva de cláusula de débito em conta corrente do cliente; cobrança de seguro por perda ou roubo do cartão; e envio de produtos e/ou serviços sem solicitação do consumidor.

2. Prática abusiva (*lato sensu*) é aquela que contraria as regras mercadológicas de boa e leal conduta com os consumidores, sendo, de rigor, sua prevenção, reparação e repressão. O Código de Defesa do Consumidor traz rol meramente exemplificativo de práticas abusivas (art. 39), cabendo ao juiz identificar, no caso concreto, hipóteses de violação dos princípios que orientam o microssistema.

3. Independentemente do número de consumidores lesados ou do abuso de poder econômico pelo fornecedor, a presença da cláusula abusiva no contrato é, por si só, reprovável, pois contrária à ordem econômica e às relações de consumo. O Código de Defesa do Consumidor elenca as cláusulas abusivas de modo não taxativo (art. 51), o que admite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra o equilíbrio entre as partes.

4. O Código de Defesa do Consumidor (e suas alterações) pode ser aplicado "ao contrato que se renovou sob sua égide e que, por isso, não pode ser qualificado como ato jurídico perfeito" (REsp 735.168/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 26/3/2008.).

5. O Tribunal de origem, ao examinar as provas dos autos e interpretar o contrato, concluiu pela existência de cláusulas

abusivas. Modificar o entendimento da instância ordinária, na via do recurso especial, encontra óbice nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

6. A multa administrativa fixada pelo Procon é "graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor" (art. 57 do CDC). O reexame de sua proporcionalidade é vedado, em recurso especial, pela Súmula 7 do STJ.

Recurso especial da CETELEM Brasil S.A. - Crédito, Financiamento e Investimento parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. MAJORAÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA APLICADA PELO PROCON. INVIABILIDADE NA VIA ESPECIAL. MAJORAÇÃO DA VERBA FIXADA A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ.

1. A multa administrativa fixada pelo Procon baseia-se em critérios como "a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor" (art. 57 do CDC). O reexame de sua proporcionalidade para majorá-la ou reduzi-la é vedado em recurso especial por exigir revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos (Súmula 7 do STJ).

2. A fixação da verba honorária sucumbencial compete às instâncias ordinárias, já que envolve a apreciação equitativa e a avaliação subjetiva do julgador no quadro fático dos autos (Súmula 7 do STJ).

3. Eventual desproporção entre o valor da causa e o valor fixado a título de honorários advocatícios nem sempre indica irrisoriedade ou exorbitância da verba honorária, pois a fixação desta envolve a análise da efetiva complexidade da causa e do trabalho desenvolvido pelo advogado no patrocínio dos interesses da parte que representa.

Agravo do Estado de Minas Gerais conhecido para negar seguimento ao recurso especial. (REsp 1539165/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 16/11/2016).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. MULTA ADMINISTRATIVA. PROCON. VALOR. ADEQUAÇÃO. PRETENSÃO QUE ENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS.

1. A revisão da conclusão a que chegou o Tribunal de origem acerca da adequação do montante da multa administrativa aplicada pelo Procon à recorrente, em razão da observância dos requisitos previstos no art. 57 do CDC (gravidade da infração, vantagem auferida pela empresa e condição econômica do fornecedor), demanda o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

2. Não se conhece do recurso especial interposto com base na alínea "c" do permissivo constitucional quando a divergência não é demonstrada nos termos em que exigido pela legislação processual de regência (art. 541, parágrafo único, do CPC, c/c art. 255 do RISTJ). No caso, a recorrente não demonstrou a existência de similitude fática e jurídica entre os arestos confrontados.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 836.916/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 30/03/2016).

Diante do exposto, CONHEÇO do recurso, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se a decisão recorrida a qual julgou improcedente a Ação Anulatória de ato administrativo, preservando-se também a condenação da recorrente às custas e honorários advocatícios.

É como voto.

Fortaleza, 13 de junho de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

PROCESSO: 0620323-08.2018.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: VIP IMOBILIÁRIA LTDA
AGRAVADO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM CAUTELAR. PEDIDO DE CANCELAMENTO DE PROTESTOS DE CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O DEFERIMENTO DA LIMINAR. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DAS CDAS. FALTA DE DOCUMENTAÇÃO INEQUÍVOCA PARA DESCONSTITUÍ-LAS. VALIDADE DO PROTESTO (ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.492/1997). MEIO IDÔNEO DE COBRANÇA. PRECEDENTES DO STF E STJ. NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A Certidão de Dívida Ativa – CDA goza de presunção *juris tantum* de certeza e liquidez, apenas podendo ser desconstituída por meio de prova robusta em sentido contrário, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite, nos termos do art. 240, parágrafo único, do CTN.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento da ADI 5135/DF, firmou orientação no sentido de que "o protesto das certidões de dívida ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política" (STF.

Plenário. ADI 5135/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 3 e 9/11/2016, Informativo 846).

3. A caução judicial é requisito imprescindível para o deferimento da liminar de sustação de protesto, porquanto proporciona o equilíbrio entre as partes litigantes e demonstra a solvabilidade da empresa agravante.

4. *In casu*, como a documentação coligida aos fólios não se revela suficiente para afastar a presunção de validade das CDA's, nem demonstra a ocorrência de qualquer das situações elencadas no rol taxativo do art. 151 do CTN, falta, neste momento, plausibilidade jurídica a ensejar o deferimento da liminar.

5. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e decisão unânime, em conhecer do agravo de instrumento para **negar-lhe provimento**, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 28 de maio de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Vip Imobiliária Ltda. em face de decisão (p. 62-64) proferida pela Juíza de Direito Andrea Mendes Bezerra Delfino, da 6ª Vara de Execuções Fiscais e de Crimes Contra a Ordem Tributária da Comarca de Fortaleza/CE, na qual indeferiu o pedido de tutela cautelar antecedente requerido nos autos da ação cautelar fiscal

(processo nº 0158890-02.2017.8.06.0001) proposta contra o Município de Fortaleza.

Na decisão adversada, a Judicante *a quo* deliberou ser indispensável a apresentação de caução idônea para deferir a medida liminar de cancelamento dos protestos das Certidões de Dívida Ativa emitidas em nome da agravante.

Nas razões recursais (p. 01-14), a agravante aduz, em síntese:

a) que a ação de origem se trata de cautelar antecedente, "com o fim de cancelar as Certidões de Dívida Ativa decorrentes da inscrição de IPTU 677047-9, bem como os protestos oriundos do registro destas CDAs, em nome daquela, lançando-os em nome do promitente-vendedor, Sr. Geraldo Alves de Batista" (p. 02);

b) ter celebrado promessa de compra e venda do imóvel inscrito no cadastro municipal do IPTU sob o nº 677047-9 e que, após o cumprimento das obrigações contratuais, foi exigida a lavratura da escritura pública de compra e venda *pro solvendo*, o que não foi feito;

c) que não houve a transferência da propriedade do imóvel, pois a sua matrícula fora cancelada e o bem foi restituído ao proprietário anterior;

d) ter sido "vitimada por uma fraude perpetrada pelos promitentes-vendedores, que alienaram o que não lhes pertencia" (p. 04), situação que está sendo discutida nos autos da ação de rescisão de contrato (processo nº 0135610-36.2016.8.06.0001);

e) serem descabidos os protestos em seu nome das CDA's referentes ao débito de IPTU de imóvel que não lhe pertence;

f) a desnecessidade de caução para cancelamento de protestos e das CDA's; e

g) a presença dos requisitos para a concessão da tutela de urgência, diante do material probatório coligido e do *periculum in mora* decorrente dos protestos, o que pode prejudicar a sua atividade comercial.

Ao final, roga pela procedência do recurso, a fim de ser "deferida a tutela antecedente, *in limine* e *inaudita altera pars*, para determinar o imediato cancelamento das Certidões de Dívida Ativa decorrentes da inscrição de IPTU 677047-9, bem como protestos, em nome da Agravante, lançando-os em

nome do promitente vendedor, Sr. Geraldo Alves de Batista, CPF 651.345.328-34, fixando, de logo, multa diária para a hipótese de descumprimento da decisão, dispensando a caução determinada pelo Juízo *a quo*, tendo em vista a peculiaridade do caso em cotejo, havido sofrido a Recorrente prejuízos patrimoniais de grande monta, conforme o entendimento jurisprudencial vigente" (p. 13).

Junta à peça recursal a documentação de p. 15-69.

Em 22.01.2018, os autos foram a mim distribuídos por sorteio no âmbito da 1ª Câmara de Direito Público (Termo de p. 71).

Efeito suspensivo denegado (p. 72-80).

Contrarrazões do Município de Fortaleza às p. 88-92, nas quais alega, em suma, a validade das certidões de dívida ativa e do protesto.

Ausente nos autos interesse público primário a justificar a intimação do representante ministerial (art. 178, CPC).

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

In casu, a agravante postula o imediato cancelamento da Certidão de Dívida Ativa e dos protestos realizados em seu nome, com dispensa da caução tida por indispensável pela Magistrada singular.

Todavia, em juízo de cognição sumária, não evidencio a possibilidade de ser deferida a medida requerida.

Com efeito, a Certidão de Dívida Ativa – CDA goza de presunção *juris tantum* de certeza e liquidez, apenas podendo ser desconstituída por meio de prova robusta em sentido contrário, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite, nos termos do art. 240, parágrafo único, do CTN:

> Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.
>
> Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.

Nessa linha, cabe à agravante (contribuinte) comprovar a irregularidade da Certidão de Dívida Ativa, através de prova inequívoca, o que não foi demonstrado até este momento, pois a recorrente deixou de juntar aos autos a cópia da matrícula atualizada e legível do imóvel, além de demandar dilação probatória como destacou o Judicante singular.

Ademais, o artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.492/1997, inserido pela Lei nº 12.767/2012, assim dispõe:

> Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.
>
> Parágrafo único. **Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas**. (Incluído pela Lei nº 12.767, de 2012)

Acerca da matéria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento da ADI 5135/DF, firmou orientação no sentido de que "o **protesto das certidões de dívida ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política**" (STF. Plenário. ADI 5135/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 3 e 9/11/2016, Informativo 846).

Esse também é o entendimento perfilhado pelo STJ:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. LEI 9.492/1997. INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL COM A DINÂMICA MODERNA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O "II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO". SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. **Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980.** 2. Merece destaque a publicação da Lei 12.767/2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que estão incluídas "entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas". 3. Não bastasse isso, mostra-se imperiosa a superação da orientação jurisprudencial do STJ a respeito da questão. 4. No regime instituído pelo art. 1º da Lei 9.492/1997, o protesto, instituto bifronte que representa, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência, e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida, foi ampliado, desvinculando-se dos títulos estritamente cambiariformes para abranger todos e quaisquer "títulos ou documentos de dívida". Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais. 5. Nesse sentido, tanto o STJ (RESP 750805/RS) como a Justiça do Trabalho possuem precedentes que autorizam o protesto, por exemplo, de decisões judiciais condenatórias, líquidas e certas, transitadas em julgado. 6. Dada a natureza bifronte do protesto, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública. 7. Cabe ao Judiciário, isto sim, examinar o tema controvertido sob espectro jurídico, ou seja, quanto à sua constitucionalidade e legalidade, nada mais. A manifestação sobre essa relevante matéria, com base na valoração da necessidade e pertinência desse instrumento extrajudicial de cobrança de dívida, carece de legitimação, por romper com os princípios da independência dos poderes (art. 2º da CF/1988) e da imparcialidade. 8. São falaciosos os argumentos de que o ordenamento jurídico (Lei 6.830/1980) já instituiu mecanismo para a recuperação do crédito fiscal e de que o sujeito passivo não participou

da constituição do crédito. 9. **A Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa, e não autoriza, por si, a insustentável conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição, ou utilização, de mecanismos de cobrança extrajudicial.** 10. A defesa da tese de impossibilidade do protesto seria razoável apenas se versasse sobre o "Auto de Lançamento", esse sim procedimento unilateral dotado de eficácia para imputar débito ao sujeito passivo. **11. A inscrição em dívida ativa, de onde se origina a posterior extração da Certidão que poderá ser levada a protesto, decorre ou do exaurimento da instância administrativa (onde foi possível impugnar o lançamento e interpor recursos administrativos) ou de documento de confissão de dívida, apresentado pelo próprio devedor (e.g., DCTF, GIA, Termo de Confissão para adesão ao parcelamento, etc.).** 12. O sujeito passivo, portanto, não pode alegar que houve "surpresa" ou "abuso de poder" na extração da CDA, uma vez que esta pressupõe sua participação na apuração do débito. Note-se, aliás, que o preenchimento e entrega da DCTF ou GIA (documentos de confissão de dívida) corresponde integralmente ao ato do emitente de cheque, nota promissória ou letra de câmbio. 13. A possibilidade do protesto da CDA não implica ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois subsiste, para todo e qualquer efeito, o controle jurisdicional, mediante provocação da parte interessada, em relação à higidez do título levado a protesto. 14. A Lei 9.492/1997 deve ser interpretada em conjunto com o contexto histórico e social. De acordo com o "II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo", definiu-se como meta específica para dar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional a "revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo". 15. Nesse sentido, o CNJ considerou que estão conformes com o princípio da legalidade normas expedidas pelas Corregedorias de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de Goiás que, respectivamente, orientam seus órgãos a providenciar e admitir o protesto de CDA e de sentenças condenatórias transitadas em julgado,

> relacionadas às obrigações alimentares. 16. **A interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado.** A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação - naturalmente adaptada às peculiaridades existentes - de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados outrora apenas aos sujeitos de Direito Privado, como, e.g., a utilização de sistemas de gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços). 17. Recurso Especial provido, com superação da jurisprudência do STJ. (STJ. REsp 1126515/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 16/12/2013)

Logo, em consonância com os dispositivos acima transcritos e o entendimento dos tribunais superiores, somente é cabível o cancelamento dos protestos (p. 35-37) acaso comprovada a invalidade do título ou a impossibilidade de o fisco realizar atos tendentes à cobrança da dívida tributária, o que se dá apenas quando configurada uma das hipóteses taxativas de suspensão da exigibilidade do crédito (art. 151 do CTN), o que não ocorre na espécie.

Desse modo, tendo em vista que não foi afastada a presunção de validade da CDA nem restou caracterizada qualquer das situações elencadas no rol taxativo do art. 151 do CTN, falta, neste momento, plausibilidade jurídica a ensejar o deferimento da liminar.

Por derradeiro, nada obstante as alegações recursais em sentido contrário, entendo, como restou consignado pela Judicante *a quo*, que a caução judicial é requisito imprescindível para o deferimento da liminar de sustação de protesto, porquanto proporciona o equilíbrio entre as partes litigantes e demonstra a solvabilidade da empresa agravante.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

PROC. Nº 0620446-74.2016.8.06.0000 AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: SÂMIA MARIA CAVALCANTE ROQUE
AGRAVADO: BRADESCO SAÚDE S/A
RELATORA: DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER, DANOS MORAIS E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO DO CPC/73 AOS REQUISITOS DE CABIMENTO E ADMISSIBILIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. NEGATIVA DE COBERTURA, PELO PLANO DE SAÚDE, DO CUSTEIO DA MEDICAÇÃO REVLIMID (LENALIDOMIDA). REMÉDIO QUE REPRESENTA A ÚNICA OPÇÃO EXISTENTE PARA O TRATAMENTO DA PACIENTE. FÁRMACO IMPORTADO E SEM REGISTRO NA ANVISA, MAS COM RECONHECIMENTO E UTILIZAÇÃO INTERNACIONAL. OPERADORAS DE SAÚDE SÃO ENTIDADES DESTINADAS À GARANTIA DO TRATAMENTO NECESSÁRIO À CURA, TENDO COMPETÊNCIA APENAS PARA LIMITAR AS DOENÇAS COBERTAS PELO PLANO, MAS NÃO QUAIS TERAPÊUTICAS. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE FORNECIMENTO À DETERMINADA PESSOA, E NÃO À COMERCIALIZAÇÃO. NECESSIDADE DE REGISTRO PRÉVIO QUE PODE SER AFASTADA PARA ASSEGURAR O DIREITO

À VIDA E À SAÚDE, EM DETRIMENTO DE TRÂMITES BUROCRÁTICOS. PRECEDENTES DO STF, STJ E TJ-CE. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE EXCLUI A COBERTURA. LIMITAÇÃO CONTRATUAL QUE SE MOSTRA ABUSIVA, PORQUANTO VAI DE ENCONTRO À FINALIDADE ESSENCIAL DO CONTRATO DE SAÚDE. PRESENTES OS REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA RECURSAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O direito ao recurso nasce com a publicação em cartório, secretaria da vara ou inserção nos autos eletrônicos da decisão a ser impugnada, o que primeiro ocorrer.

2. Sendo assim, o cabimento e os pressupostos a serem adotados (prazos, efeitos, juízo de admissibilidade, dentre outros) são os da lei processual vigente à época em que a decisão se torna impugnável, qual seja, CPC-73.

3. Trata-se de negativa de custeio, pela seguradora de saúde, do medicamento Revlimid (à base de Lenalidomida), que objetiva tratar adequadamente a doença da agravante, portadora de mieloma múltiplo. A agravada alega que o referido fármaco não pode ser fornecido, tanto em razão de limitações contratuais, como em razão de ser importado e não gozar de registro na ANVISA.

4. A medicação foi solicitada pelos médicos somente após a realização de vários tratamentos com medicamentos disponíveis no Brasil, mas as várias tentativas não alcançaram resultados satisfatórios, vez que a gravíssima doença hematológica continua progredindo, havendo, inclusive, risco de óbito.

5. Assim, o medicamento Revlimid é a única opção existente para a paciente. Além disso, tal remédio é utilizado em mais de 80 (oitenta) países, inclusive nos EUA, sendo reconhecido por autoridades em medicina como o único capaz de eliminar a necessidade de constantes transfusões de sangue.
6. Operadoras de saúde são entidades privadas destinadas a garantir a terapêutica necessária à cura de possível moléstia que o cliente possa vir a sofrer ou portar, o que, em última análise, privilegia não só a saúde, mas a vida e a existência digna.
7. Estando a doença coberta pelo plano, somente ao médico que acompanha o paciente é dado definir o seu tratamento adequado, de modo que a seguradora não pode substituí-lo e limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado.
8. O fato de o medicamento não possuir registro na ANVISA não afasta o direito do portador de doença grave ao recebimento da medicação, ainda mais sendo comprovada a eficácia do remédio em questão. Entender de maneira contrária seria privilegiar a burocracia em detrimento do direito à vida e à saúde.
9. O STF já vem admitido a importação de medicamento sem registro na ANVISA, se esse é indispensável para o tratamento de doença rara, visando assegurar o direito à saúde. Segundo precedente do STJ, a importação de remédio sem registro é medida excepcional, principalmente quando não destinada à comercialização, mas sim ao fornecimento individual à pessoa determinada, para preservar a saúde e a vida. Este Tribunal

Alencarino, por sua vez, também já manifestou-se pelo direito do portador de doença grave receber o medicamento que não conta com registro na ANVISA, para que possa efetuar de forma adequada o tratamento.

10. Quanto à limitação contratual, é ilegítima a negativa de cobertura do medicamento, porquanto, como explanado, o que importa é a cobertura da doença, sendo a limitação ao tratamento e aos medicamentos necessários à cura uma conduta abusiva e que revela desconformidade com a relação contratual entabulada (artigo 51, parágrafo 1º, inciso II, CDC).

11. Assim, restam configurados os requisitos autorizadores da medida antecipatória requerida em primeiro grau e concedida liminarmente em segundo grau, quais sejam, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e probabilidade do direito, principalmente porque o quadro apresentado pela agravada demanda cuidados urgentes, sob pena de progressão de seu carcinoma e risco de óbito.

12. Agravo de instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos, em que são partes as pessoas acima indicadas, acorda a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por unanimidade, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Sâmia Maria Cavalcante Roque em face de despacho (fl. 13) da lavra do Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que, nos autos da ação ordinária com obrigação de fazer, danos morais e pedido de tutela antecipada, ajuizada pela agravante em desfavor da empresa recorrida, Bradesco Saúde S/A, postergou a análise da medida antecipatória, que pleiteava a concessão, pela agravada, do medicamento "Lenalidomida – Revlimid – 25mg", com o fim de tratar adequadamente seu mieloma múltiplo.

Em suas razões recursais (fls. 01/12), a agravante destaca que é portadora de um tipo de câncer hematológico, razão pela qual necessita do remédio referido acima para a correta e regular continuidade de seu tratamento, evitando o retorno e agravamento de sua doença. Alega que o fármaco necessário é muito oneroso e que a seguradora de saúde nega o seu fornecimento e custeio, por motivos de limitações contratuais. Assim, como entende que tal negativa é ilegal, tendo em vista o fim principal da empresa, qual seja, a proteção integral da saúde de seus contratados, solicita a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, no sentido de obrigar a agravada a fornecer a medicação, e, posteriormente, a revogação do despacho impugnado.

Esta Desembargadora proferiu decisão interlocutória (fls. 73/80), onde foi exposto que: a) o despacho que posterga a análise da concessão dos efeitos da antecipação de tutela após a formação do contraditório tem conteúdo decisório, especialmente quando a causa revela-se de extrema urgência ; e b) a ameaça de dano é grave, de tal modo que pode vir a se tornar irremediável para a recorrente. Desse modo, foi conhecido o agravo de instrumento e concedida a antecipação da tutela recursal, porquanto verificado presentes os seus requisitos necessários, principalmente no que tange ao perigo da demora, uma vez que o tratamento é necessário ao não agravamento da saúde da recorrente, que corre risco de óbito.

Nas contrarrazões recursais (fls. 101/111), a empresa agravada destaca, em síntese, que: 1) a antecipação de tutela não deveria ter sido

concedida, tendo em vista a ausência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); 2) a comercialização do medicamento é proibida no país, devendo a tutela antecipada ser revogada; 3) o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto; e 4) há cláusula contratual (fl. 131) que exclui da cobertura as despesas hospitalares não previstas no contrato e medicamentos importados não nacionalizados. Requer, ao final, o improvimento do recurso, com a revogação da tutela antecipada concedida por esta Desembargadora.

Este é o relatório, no essencial. Passo a proferir voto.

VOTO

1) Do Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais:

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o princípio da fundamentação das decisões judiciais encontra-se regulamentado, infraconstitucionalmente, em seu art. 11, com relevo constitucional no art. 93, IX, da CF/88. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, comentando o referido princípio, lecionam que:

> Fundamentar significa o magistrado dar as razões de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem **implicação substancial** e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. **Não se consideram "substancialmente" fundamentadas as decisões que afirmam que, "segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo que julgou procedente o pedido". Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.** (NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo). 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pg. 301).

O brocardo *mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos, que eu te darei o direito) foi mitigado com o NCPC, uma vez que exige fundamentação nas decisões, inclusive despachos, urgindo que toda a matéria ventilada tenha sido enfrentada pelas partes. O objetivo do legislador foi o de prestigiar o princípio constitucional do contraditório, fixando, de forma clara, esse limite para a atividade jurisdicional. A atividade jurisdicional está limitada às balizas dos pedidos, das causas de pedir e, agora de forma expressa, a atividade do juiz está limitada, também, aos fundamentos que tiverem sido debatidos pelas partes.

2) Da Lei Processual Aplicável ao Caso dos Autos:

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (NCPC), o qual inaugurou mudanças relativas aos recursos, o Direito Intertemporal deve ser devidamente fundamentado e analisado caso a caso, a fim de proteger atos jurídicos processuais perfeitos e situações consolidadas à luz da lei revogada. O aludido Direito Intertemporal é regido pelos arts. 14, 1.046, 1.047 do NCPC, art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil e art. 5º XXXVI, da CF/88.

Sobre o tema, prepondera a teoria do isolamento dos atos processuais no NCPC (art. 14), sendo aplicável em regra aos processos pendentes. A aludida teoria orienta que a lei nova não deve atingir os atos processuais já praticados, tampouco seus efeitos, mas se aplica aos atos futuros, sem limitações relativas às fases processuais. Prevalece o postulado *tempus regit actum*.

Em que pese haver divergência doutrinária sobre a aplicação das normas intertemporais processuais do NCPC, entende-se que o posicionamento mais adequado, em relação aos recursos, é o de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que lecionam no sentido de que:

> Duas são as situações para a lei nova processual em matéria de recurso: a) rege o cabimento e a admissibilidade do recurso a lei vigente à época da prolação da decisão da qual se pretende

> recorrer; b) rege o procedimento do recurso a lei vigente à época da efetiva interposição do recurso. (...)
> **Quando o recurso já tiver sido interposto e sobrevier lei que altere o seu regime jurídico, manter-se-á eficaz a lei antiga quanto ao cabimento e ao procedimento do recurso.** A este fenômeno dá-se o nome de *ultratividade"* (Cardozo. Retroatividade, p. 296 *et seq.*) ou sobre vigência (Cruz. *Aplicação*, n. 78, p.298 et seq) da lei anterior. (In Comentário ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015. Págs 228 e 229).

Portanto, em relação aos recursos, deve ser considerada a data em que foi dada publicidade à decisão a ser objeto de impugnação recursal. O recurso cabível e os pressupostos adotados (prazos, efeitos, juízo de admissibilidade, dentre outros) são os da lei processual vigente à época em que a decisão se torna impugnável. **Por isso, se a decisão foi proferida quando em vigência o CPC-73, apesar do advento do CPC-15, o recurso deve ser regido pela lei anterior.**

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça aprovou o Enunciado Administrativo nº 02, segundo o qual "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça".

Na mesma toada, dispõe o Enunciado nº 476, do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: "**O direito ao recurso nasce com a publicação em cartório, secretaria da vara ou inserção nos autos eletrônicos da decisão a ser impugnada, o que primeiro ocorrer**". Do exposto, aplicam-se ao presente recurso as regras do CPC-73, uma vez que a decisão recorrida foi proferida sob a égide da legislação processual revogada.

3) Do Juízo de Admissibilidade:

Passadas as considerações acima e conforme o que dispõe o CPC/73 quanto ao juízo de admissibilidade do agravo de instrumento,

recebo o recurso, com espeque em seu artigo 522, *caput*. Cumprindo o que dispõe o artigo 525 da referida legislação, a parte agravante acostou a petição inicial (fls. 19/32), o despacho impugnado (fls. 13), a certidão de intimação (fl. 14), bem como a procuração outorgada ao advogado da parte agravante (fl. 18). Como a empresa agravada ainda não foi citada nos autos da ação principal, dispensou-se a juntada de sua procuração *ad judicia*. Outrossim, os comprovantes de pagamento das custas processuais encontram-se às fls. 15/17.

Há interesse recursal, visto que o presente recurso é meio útil e necessário para a obtenção de uma situação mais favorável que a resultante da decisão atacada.

4) Do Juízo de Mérito:

Cinge-se a controvérsia a determinar se um medicamento não registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), como a Lenalidomida, pode ser fornecido pela seguradora de saúde recorrida, sem que isso importe em algum ilícito ou em infração às cláusulas contratuais.

De acordo com os princípios basilares decorrentes da Constituição da República, bem como de todo o ordenamento jurídico, o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, sendo inadmissível a sua vulneração por quem quer que seja. Eis o teor da norma da Constituição Federal:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País **a inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) (grifo nosso).

Vê-se que o direito à saúde, insculpido no artigo 6º da Carta Magna, tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo a dignidade uma qualidade intrínseca do ser humano e diante do convencimento da sua tamanha importância, o constituinte originário

brasileiro de 1988 a elevou ao *status* de princípio fundamental da ordem jurídica pátria, concedendo à dignidade humana uma maior pretensão de eficácia e legitimidade. Foi somente após seu reconhecimento e proteção na ordem constitucional que a dignidade da pessoa humana passou a ter força para ser reclamada por meios judiciais caso venha a ser violada.

Nesse contexto, é preciso esclarecer o que se entende por operadora de saúde: são entidades privadas que, ao prestar serviços de saúde, possibilitam o diagnóstico e o tratamento de doenças[1]. Assim, pode-se inferir que a sua contratação tem como fim principal a garantia da terapêutica necessária cura de possível moléstia que o cliente possa vir a sofrer ou portar, o que, em última análise, privilegia não s a saúde, mas a vida e a existência digna.

A agravante, segurada por um plano de saúde oferecido pela empresa agravada, acostou aos autos documentações (fls. 47/51 e 55) que comprovam ser portadora de doença gravíssima (Mieloma Múltiplo – CID C90, doença hematológica em estágio avançado) que, se não tratada, em pouco tempo, poderá levá-la à morte, razão pela qual o medicamento Lenalidomida é necessário, a fim de evitar o retorno da doença e prolongar a vida da paciente. No entanto, a operadora de saúde negou-se a fornecê-lo, porquanto existe limitação contratual e ausência de registro do medicamento na ANVISA.

Com efeito, a Lei n° 6.360/76, que trata acerca das normas de vigilância sanitária, dispõe, nos artigos 10 e 12, que é vedada a importação, bem como a industrialização, venda e comercialização de medicamentos que não tenham sido registrados anteriormente pelo Ministério da Saúde.

A ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), criada pela Lei n° 9.782/99, tem como finalidade a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, além de regulamentar, controlar e fiscalizar as substâncias que possam causar riscos à saúde pública.

Sendo assim, referida autarquia possui a competência de efetuar o registro de medicamentos que podem ser comercializados no Brasil, após uma

1 SHULMAN, Gabriel. Planos de Saúde – Saúde e contrato na contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.205.

rigorosa conferência de sua segurança, eficácia e qualidade. No caso, consta que a medicação específica para combater a doença (LENALIDOMIDA), somente pode ser adquirida no exterior, com elevado custo, além de não ser registrada na ANVISA e não ser distribuída pelo SUS (Sistema Único de Saúde).

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é possível "**o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento da sobrevida e a melhoria na qualidade de vida da paciente**" (STF, 175 AgR/CE, Tribunal Pleno, Rel. Min Gilmar Mendes, DJe 30.4.2010).

Registre-se, também, que é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, estando a doença coberta pelo plano, somente ao médico que acompanha o paciente é dado definir o seu tratamento adequado, de modo que a seguradora não pode substituí-lo e limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado. Este posicionamento, inclusive, é seguido por este Egrégio Tribunal de Justiça. Confiram-se alguns julgados:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **PLANO DE SAÚDE. COBERTURA.** ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL. MEDICAMENTO AMBULATORIAL OU DOMICILIAR.
> 1.- **A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma delas**. 2.- "É abusiva a cláusula contratual que determina a exclusão do fornecimento de medicamentos pela operadora do plano de saúde tão somente pelo fato de serem ministrado em ambiente ambulatorial ou domiciliar." Destaquei.
> 3.- Agravo Regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 300648 RS 2013/0045857-0, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 23/04/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/05/2013)

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. **PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. TRATAMENTO PRESCRITO PELO MÉDICO NÃO AUTORIZADO PELA RÉ. CLÁUSULA LIMITATIVA EXPRESSA NO CONTRATO.** ABUSIVIDADE EVIDENCIADA. OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* FIXADO EM SENTENÇA À TÍTULO DE DANOS MORAIS EM RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. **Ainda que se admita que as seguradoras e planos de saúde possam dispor acerca de quais as doenças estão sujeitas à cobertura contratual, não podem limitar qual o tratamento mais apropriado à patologia apresentada pelo paciente. Esta é uma atribuição inerente ao médico escolhido pelo doente ou por sua família, mas não das operadoras de plano de saúde. Logo, se a doença encontra cobertura no ajuste firmado, como ocorre no particular, o tipo de tratamento a ser feito é aquele indicado pelo médico que assiste o paciente. Precedentes STJ e TJ/CE.** 2. Sobressai, desta feita, com fulcro nos arts. 47 e 51 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a abusividade da cláusula contratual que limita o tratamento indicado, considerando ser este imprescindível para garantir o restabelecimento da paciente, usuária do plano de saúde. 3. No caso concreto, ao contrário do defendido pelo recorrente, os Médicos Neurologistas Infantis que assistem a paciente justificaram a prescrição do tratamento com Toxina Botulina A para a autora, inclusive, com necessidade de internação, considerando o seu grave quadro de HEMIPARESIA PARCIAL DIREITA (HEMIPLEGIA) doença que afeta a coordenação motora e agride o desenvolvimento muscular. 4. **Logo, infere-se que a indicação do tratamento descrito foi abalizada por médicos especialistas, conhecedores da real situação que esta se encontrava, com elevado risco de agravamento do déficit apresentado pela paciente caso não fosse ministrada a toxina butolina, o que implica no reconhecimento da abusividade da conduta por parte**

> **da operadora do plano de saúde.** [...] Agravo Interno conhecido e desprovido. Decisão monocrática mantida." Destaquei. (TJ-CE. Agravo nº 0047480-56.2005.8.06.0001; Relator(a): PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 06/07/2015; Data de registro: 06/07/2015; Outros números: 47480562005806000150000)

Portanto, o fato de o medicamento não possuir registro na ANVISA não afasta o direito do portador de doença grave ao recebimento da medicação, ainda mais por ser, segundo especialistas, comprovada a eficácia do remédio em questão. Vale destacar que o fármaco foi indicado pelos médicos da promovente como o único meio possível para evitar o agravamento da doença, vide relatórios do Dr. Jacques Tabacof, do Dr. Ronald Feitosa Pinheiro e do Dr. Edilson Diógenes Pinheiro Junior, anexados às fls. 49, 50 e 55.

No caso, observa-se que a medicação LENALIDOMIDA (REVLIMID) foi solicitada somente após a realização de vários tratamentos com medicamentos disponíveis no Brasil, como quimioterapia e o uso preventivo de "Cybord x 6 seguido de TMO autólogo", mas as várias tentativas não alcançaram resultados satisfatórios, vez que o Mieloma Múltiplo continua progredindo, retirando a qualidade de vida da recorrente, que não só corre o risco de agravamento de sua doença, mas também de óbito.

Nota-se que os relatórios médicos acostado aos autos às fls. 47/55 atestam que de fato há necessidade da medicação requerida, estando a justificar a utilização do tratamento prescrito pelos médicos especialistas habilitados e registrados no Conselho de Medicina, afigurando-se como prova suficiente para demonstrar a real necessidade de utilização do medicamento constante na exordial.

Ademais, a despeito da regra que condiciona a comercialização de um medicamento ao prévio registro na ANVISA, tal norma deve ser excepcionalmente afastada diante de casos como o presente, em que se tem a precariedade do estado de saúde da parte autora, bem como a situação em

que o único tratamento viável, a fim de evitar o óbito ou prolongar a vida da paciente, é a utilização do medicamento pleiteado. Em conformidade com o exposto, colaciono julgado do STF e do TRF da 5ª Região:

> AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. **DIREITO À SAÚDE.** SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL PARA O TRATAMENTO DE DOENÇA GENÉTICA RARA. MEDICAÇÃO SEM REGISTRO NA ANVISA.** NÃO COMPROVAÇÃO DO RISCO DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. **POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> I - A decisão agravada não ultrapassou os limites normativos para a suspensão de segurança, isto é, circunscreveu-se à análise dos pressupostos do pedido, quais sejam, juízo mínimo de delibação sobre a natureza constitucional da matéria de fundo e existência de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde, à segurança e à economia públicas, nos termos do disposto no art. 297 do RISTF.
>
> **II – Constatação de *periculum in mora* inverso, ante a imprescindibilidade do fornecimento de medicamento para melhora da saúde e manutenção da vida do paciente.**
>
> III - Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - 761 AgR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, Data de julgamento: 07/05/2015, Data da Publicação: 29-05-2015)

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, ESTADO E MUNICÍPIO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 196. **IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO IMPRESCINDÍVEL À SAÚDE, SEM REGISTRO NA ANVISA. POSSIBILIDADE.** PRECEDENTES.
>
> 1. Apelação do particular em face de sentença que, nos autos de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, indeferiu

pretensão autoral quanto ao fornecimento do medicamento VEDROP (Tocofersolan), sem registro na ANVISA.
2. A promoção da saúde pública, em face do disposto no artigo 196 da Constituição Federal, constitui dever do Estado a ser cumprido, nos termos da Lei nº 8.080/90, com a conjunta participação dos entes que compõem a Federação.
3. No caso, o autor é portador de ATAXIA, por deficiência de vitamina E no organismo, também chamada de AVED, doença autossômica recessiva, causada por mutações em um gene localizado no cromossoma 8, apresentando perda de deambulação e movimentação, consoante Laudo Médico fornecido pelo Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, através de profissional habilitado, e documentos que o acompanham.
4. **Esta Corte vem manifestando a posição de que a falta de registro do medicamento na ANVISA não constitui obstáculos à importação de fármaco essencial à saúde do paciente, portador de grave doença, ante o que dispõe o art. 196, da CF/88 e a Lei nº 8.080/90. Precedentes.**
5. Registrando-se que a Comissão Europeia, organismo avançado de controle de remédios, concedeu à Orphan Europe S.A.R.I., autorização de introdução no Mercado Europeu do medicamento VEDROP, sendo este também largamente utilizado e produzido em Orlando, Flórida (Estados Unidos).
6. Apelação provida. (TRF-5 - AC: 14685420114058401, Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Data de Julgamento: 26/06/2014, Terceira Turma, Data de Publicação: 02/07/2014). (grifei)

Sobre o tema, precedentes deste Tribunal envolvendo **o mesmo medicamento:**

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. REJEITADA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA. POSSIBILIDADE. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO E DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO.

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. Trata-se de remessa oficial e recurso de apelação aforado em face de sentença que julgou procedente o pedido de fornecimento de medicamento, embora sem registro perante o ANVISA, pelo Estado do Ceará, para paciente com carência financeira.

2. A jurisprudência desta e. Corte e dos Tribunais Superiores firmou-se no sentido de reconhecer a responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo ser pleiteados de qualquer um deles: União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Preliminar rejeitada.

3. A ausência de registro na ANVISA não afasta o direito do portador de doença grave receber o medicamento, para que possa efetuar de forma adequada o tratamento. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

4. Havendo a comprovação da necessidade do fármaco e a carência financeira para adquiri-lo, é dever dos entes públicos, solidariamente, o fornecimento do medicamento, a fim de garantir as condições de saúde e sobrevivência.

5. A Constituição Federal assegura o direito à vida e à saúde das pessoas em geral, o qual representa prerrogativa jurídica indisponível.

6. Remessa oficial e recurso de apelação conhecidos e desprovidos. Sentença confirmada. (TJCE, Apelação / Reexame Necessário nº 0134828-05.2011.8.06.0001 . Relator(a): JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 8ª Câmara Cível; Data do julgamento: 01/09/2015; Data de registro: 01/09/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. SÍNDROME MIELODISPLÁSICA. REVLIMID. DROGA LÍCITA. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO AO SEU INGRESSO NO PAÍS. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA. EFICÁCIA E SEGURANÇA DO USO DO MEDICAMENTO INTERNACIONALMENTE COMPROVADAS. ÚNICA OPÇÃO PARA O TRATAMENTO DO PACIENTE. MANTIDA A DECISÃO AGRAVADA. DESPROVIMENTO.

1. Restou comprovada nos autos a necessidade do paciente de receber o medicamento pleiteado, porquanto informado pelo médico especialista que o acompanha que ele corre risco de morte e que não há medicamento que possa substituir aquele solicitado.

2. O fármaco REVLIMID tem sua eficácia e segurança internacionalmente reconhecidas para o tratamento da Síndrome Mielodisplásica.

3. Dessa forma, a simples ausência de registro na ANVISA não pode impedir a sua utilização no tratamento do requerente, uma vez que é a única opção a ele apresentada. Ademais, o fármaco não tem sua entrada proibida no país, não constituindo, portanto, droga ilícita.

4. Recurso conhecido, porém desprovido por maioria. (TJCE, Agravo nº 0178984-78.2011.8.06.0001, Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 06/07/2015; Data de registro: 08/07/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO. FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO LENALIDOMIDA (REVLIMID) PARA O TRATAMENTO DO AGRAVADO ACOMETIDO DE MIELOMA MÚLTIPLO - ESTÁGIO III-A. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO CONFIRMADA.

1. Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Estado do Ceará em face da decisão monocrática de fls. 205 - 212 que deu provimento ao Agravo de Instrumento, confirmando a liminar anteriormente concedida.

2. O Ente agravante, argumenta como razões da reforma, a impossibilidade de fornecimento de medicamento tendo em vista a ausência de registro na ANVISA.

3. Observa-se que a medicação LENALIDOMIDA somente foi solicitada após a realização de vários tratamentos com medicamentos disponíveis no Brasil, e que tais tentativas não alcançaram resultados satisfatórios, vez que o organismo do agravado apresentou resistência aos processos quimioterápicos, além dos muitos efeitos

> **colaterais, influenciando negativamente sobre a qualidade de vida do paciente.**
> 4. Não pode a Administração Pública esquivar-se dessa obrigação sob quaisquer pretextos, pois tem como mister formular e implementar políticas sociais e econômicas que tenham como escopo garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário (CF, art. 5º "caput") à assistência médico hospitalar. Desde que comprovada a necessidade do medicamento e a impossibilidade de sua aquisição pelo paciente, é dever do Estado fornecê-lo.
> 5. Recurso conhecido e desprovido. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. (TJCE, Agravo nº 0628959-02.2014.8.06.0000.Relator(a): MARIA DE FÁTIMA DE MELO LOUREIRO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 08/07/2015; Data de registro: 08/07/2015)

Ademais, em caso semelhante, o Ministro Herman Benjamin, decidindo monocraticamente (AREsp 879.749, julgado em 03/05/2016 e publicado em 20/05/2016), entendeu que a importação de remédio, sem registro na ANVISA, para consumo é uma excepcionalidade, e não uma ilegalidade, principalmente porque não será comercializado, *in verbis*:

> "[...] o medicamento tem eficácia comprovada (não havendo elementos quanto à existência de risco à saúde dos usuários) e, ademais, **a importação para consumo constitui excepcionalidade (a despeito da inexistência do registro na ANVISA) e não uma ilegalidade, mesmo porque o registro prévio não constitui uma regra absoluta. Ademais, a importação será realizada, em caráter excepcional e não para a comercialização**, visando o atendimento de necessidade da criança, portadora de moléstia de natureza grave (Cistinose Nefropática, com insuficiência renal associada e doença renal crônica), mormente, porque, como assinalado, não existem medicamentos no mercado com o mesmo princípio ativo e a mesma eficácia para a remissão e tratamento da doença. **Assim, o fornecimento de medicamento não registrado, não ofende a vedação legal, pois não há se falar em comercialização do produto, mas**

> **fornecimento individualizado a pessoa determinada, em decorrência da comprovada indispensabilidade quanto à preservação da saúde e da vida.** Nesse passo, a ausência de registro do medicamento na ANVISA ou no Ministério da Saúde, por si só, não afasta o direito da infante de receber o medicamento indispensável à preservação de sua saúde, numa análise mais profunda, de sua vida, vez que é o único remédio eficaz para o tratamento da doença, pois, como já dito, não há, no mercado nacional, medicamentos que surtiram efeitos desejados."

O medicamento pleiteado é a única opção existente para a paciente. Além disso, conforme noticiado no jornal "O Povo"[2], em 26/12/2012, "O REVLIMID, cujo princípio ativo a lenalidomida, utilizado em mais de 80 países no tratamento de pacientes portadores da síndrome mielodisplásica e de mieloma múltiplo, tipo de câncer no sangue.

Na mesma notícia, o oncohematologista Ângelo Maiolino, professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e diretor da Associação Brasileira de Hematologia, Hemoterapia e Terapia Celular (ABHH), além de presidente da Associação Ítalo-Brasileira de hematologia, sediada em Gênova na Itália, afirmou que "em vários países a lenalidomida já é usada como primeira opção para tratamento de pacientes com mieloma. A notícia também revela que "para os portadores da Síndrome Mielodisplásica, a lenalidomida é o único medicamento que comprovadamente elimina a necessidade das constantes transfusões de sangue."

Dessa forma, resta evidenciado que as prescrições médicas não representam um posicionamento isolado, fazendo parte de uma conduta aceita internacionalmente, inclusive em países da Europa e nos Estados Unidos, em que se pratica medicina "de ponta".

Nesse passo, a simples ausência de registro na ANVISA não pode impedir o fornecimento de medicamento, em casos excepcionais como o dos autos, em que a segurança e eficácia do fármaco é atestada internacionalmente,

2 www.opovo.com.br/app/opovo/brasil/2012/12/26/noticiasjornalbrasil,2977649/medicamento-fundamental-para-tratamento-e-rejeitado.shtml

o medicamento já teve sua utilização aprovada pelos órgãos de controle dos Estados Unidos e de vários outros países e não há substituto para ele. Entender em sentido contrário seria privilegiar a burocracia em detrimento do direito à saúde e à vida, constitucionalmente garantidos.

Neste momento deve a seguradora de saúde curvar-se diante da prescrição do profissional que exerce legalmente a medicina, detentor do poder técnico científico que, certamente, fez a escolha do composto medicamentoso que, embora não esteja previsto nas listas oficiais e de não possuir registro na ANVISA, atenderá melhor a situação clínica em que se encontra o paciente.

Quanto à cláusula contratual nº 05 (item 5.1, alínea "h", à fl. 131) que nega cobertura a medicamentos importados e não nacionalizados, algumas considerações devem ser feitas.

Primeiramente, deve ser observado que os contratos de plano de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça e do artigo 35 da Lei 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, pois envolvem típica relação de consumo. Assim, incide, na espécie, o artigo 47 do CDC, que determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor.

Deve ser entendida como ilegítima a negativa de cobertura do medicamento por parte da operadora do plano de saúde, isso porque cabe, como dito anteriormente, ao médico especialista, conhecedor das condições do paciente, indicar a melhor opção para o tratamento da paciente, dentre os métodos disponíveis. No caso em tela, verifica-se que não apenas um, mas três médicos recomendaram a utilização de Lenalidomida, conforme explicitado alhures.

O plano de saúde não pode se recusar a custear o fármaco prescrito, pois cabe apenas ao profissional de saúde definir qual a melhor saída para melhorar a saúde do paciente, garantindo-lhe mais qualidade de vida. Além disso, o que importa é a existência de cobertura do contrato para a doença apresentada pela parte autora, não importando a forma como o tratamento será ministrado, pois às seguradoras de saúde cabe dizer quais

são as doenças cobertas pelas seus planos, atendidas as determinações da Lei 9.656/98, sendo de competência do médico dizer qual o tratamento adequado, nesse sentido já se manifestou o STJ:

> DIREITO CIVIL. CONTRATO DE SEGURO EM GRUPO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR, INDIVIDUAL E FAMILIAR. TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. REJEIÇÃO DO PRIMEIRO GRAU. NOVO TRANSPLANTE. CLÁUSULA EXCLUDENTE. INVALIDADE.
> [...]
> Somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acometeu o paciente; a seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor. (REsp 1053810/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 15/03/2010)

Inclusive, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em atenção aos recorrentes casos de negativa de cobertura do tratamento adequado pelas seguradoras de saúde, editou a súmula nº 95, *in verbis*: "Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico."

Assim, a negativa do plano de saúde em atender aos pedidos formulados por prescrição médica, sob o argumento de que o remédio necessário ao tratamento não encontra amparo contratual, revela não só abusividade, mas também desconformidade com a relação contratual entabulada e a finalidade essencial do contrato. Norma alguma, ou mesmo disposição contratual, deve ser interpretada de modo a conduzir ao absurdo da negação do objeto maior do contrato, que é a preservação da vida. Não há fundamentação válida para negar a pretensão, na medida em que o medicamento irá minorar o padecimento ou o sofrimento da paciente, que não pode aguardar trâmites burocráticos, se tem risco de morte.

A negativa da medicação indicada por conta da ausência de previsão contratual e de registro na ANVISA, fere, de modo induvidoso, o inciso IV, do art.51, do CDC, por estabelecer obrigação abusiva, que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, além de incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Assim, não pode o recorrido excluir ou limitar tratamento médico sem expressa previsão legal, não sendo razoável a recusa da cobertura. Estar-se-ia limitando a atuação dos profissionais da medicina às indicações de natureza contratual, bem como impedindo o acesso de beneficiários de plano de saúde a tratamentos e remédios obtidos com os avanços da medicina e recomendados por médicos especialistas.

A negativa de cobertura do remédio REVLIMID solicitado pelo médico para tratar o câncer hematológico e, consequentemente, possibilitar o tratamento necessário e adequado à preservação da saúde e da vida do paciente configura abusividade, pois evidencia o flagrante malferimento do disposto no artigo 51, parágrafo 1º, inciso II, do CDC, vulnerando direitos inerentes à própria essência do contrato de assistência à saúde por tornar inviável a consecução de seu objeto.

Sendo assim, não há fundamentação válida para negar a pretensão, na medida em que o medicamento minorará o padecimento ou o sofrimento da paciente, que não pode aguardar trâmites burocráticos, em virtude de seu risco de morte. Ademais, saliente-se que a administração do remédio à paciente não ameaçará a ordem ou a saúde pública, tampouco a saúde da própria autora, mormente porque há prescrição médica recomendando a utilização do mencionado fármaco, sem contar que o bem maior a ser protegido, na hipótese, é a vida da agravante.

Por fim, constata-se que restam claramente configurados os requisitos autorizadores da medida antecipatória requerida em primeiro grau e concedida liminarmente em segundo grau, quais sejam, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e probabilidade do direito. De fato, analisando os documentos acostados aos autos, infere-se que o quadro apresentado pela agravada demanda cuidados urgentes, sob pena

de progressão de seu carcinoma, razão pela qual vislumbro a necessidade do fornecimento do remédio "REVLIMID – 25 mg", composto à base de Lenalidomida.

Destaque-se que não existe nenhum perigo de irreversibilidade, porquanto ainda que ocorra o superveniente reconhecimento, em sentença, de que a autora não faz jus à cobertura do referido fármaco pelo plano de saúde que aderiu, nada obsta que a parte agravada promova a cobrança dos valores pertinentes pela via apropriada. Assim, confirmo a medida antecipatória recursal liminarmente deferida, porquanto resta confirmada a obrigação da seguradora de saúde de fornecer a medicação requestada, sendo esta a melhor solução e a única capaz de assegurar o direito constitucional da agravante à saúde e à vida.

Por todo o exposto, **conheço e dou provimento ao agravo de instrumento**, com espeque no artigo 5º, *caput*, da CF/88, bem como nos artigos 47 e 51, parágrafo 1º, inciso II, do CDC, para confirmar a antecipação de tutela recursal outrora concedida e reformar a decisão recorrida, a fim de que seja assegurado o custeio, pela parte recorrida, do remédio REVLIMID 25mg (Lenalidomida), conforme prescrição médica. Ademais, destaque-se que as razões recursais se coadunam com o entendimento desta Corte de Justiça e dos Tribunais Superiores.

Vale salientar, segundo a melhor doutrina, que "não há honorários recursais em qualquer recurso, mas só naqueles em que for admissível condenação em honorários de sucumbência na primeira instância" (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 157. V. 03). Assim, não cabe, por exemplo, sucumbência recursal em agravo de instrumento, salvo quando este recurso for interposto contra decisão que versa sobre o mérito da causa, hipótese não verificada nos autos.

Ainda que fosse admissível o arbitramento de honorários advocatícios, o recurso foi interposto em face de decisão proferida sob a égide do CPC-73. Nesse sentido, destaca o enunciado administrativo nº 07, do STJ: "Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a

partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC".

Decorrido o prazo recursal sem que nada tenha sido apresentado pelas partes, certifique-se o trânsito em julgado, dê-se baixa nos sistemas eletrônicos de acompanhamento processual e arquivem-se os autos.

É como voto.

Fortaleza, 29 de junho de 2016.

PROCESSO: 0621106-97.2018.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: ROBERTO ARÁUJO ABRUNHOSA
AGRAVADO: INSS – INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. DECISÃO ADMINISTRATIVA DO ÓRGÃO SECURITÁRIO. CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO. "ALTA PROGRAMADA". EXAME ADMISSIONAL DO AGRAVANTE. CONSTATAÇÃO PELO EMPREGADOR DE INAPTIDÃO DO AGRAVANTE PARA EXERCER SUAS FUNÇÕES. AUSÊNCIA DE PERÍCIA OFICIAL. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PERIGO DE DANO AO SEGURADO. MANUTENÇÃO PRECÁRIA DO AUXÍLIO ATÉ A CONSECUÇÃO DA PERÍCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A controvérsia em questão gira em torno do restabelecimento de auxílio-doença acidentário em favor de Roberto Araújo Abrunhosa, ora agravante, o qual afirma restar inapto ao trabalho em razão de estar acometido de transtorno de ansiedade (CID 10 F41.3), devendo o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS arcar com a manutenção do referido benefício.

2. Percebe-se que fora comunicado pela empresa empregadora do agravante a ocorrência de Acidente do Trabalho – CAT na data de 25 de julho de 2017, em razão de abalo psicológico

ocorrido no promovente após assalto, sendo o mesmo diagnosticado por sofrer reação aguda ao "stress" e depressão.

3. O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS comunicou sua decisão administrativa em 22 de novembro de 2017, quando da solicitação de prorrogação da percepção do auxílio-doença, sendo indeferido o pleito através de "alta programada" realizada pelo INSS em razão de não se verificar "incapacidade para o seu trabalho ou para sua atividade habitual".

4. Pode-se reparar que através de exame admissional na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, em 28 de novembro de 2017, registrou-se que o recorrente encontra-se inapto para exercer suas funções.

5. Conforme a sequência dos eventos, constata-se que o próprio empregador, através do exame médico admissional, assinala que o agravante não detém condições para o ofício. Surge assim situação complexa e imponderável em que o INSS registra, através de ato administrativo, que o trabalhador encontra-se plenamente apto ao trabalho, contudo, o próprio empregador não admite a parte sob a alegativa de que permanece o empregado em incapacidade laboral.

6. O exame admissional da Empresa Brasileira de Correios e sua conclusão apresenta indício suficiente do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Acrescente-se que não consta nos autos subsistirem provas de realização de perícia realizada pelo INSS, restando somente comprovado o ato administrativo do procedimento denominado

"alta programada", o qual não concede ao segurado a avaliação de seu estado de saúde, violando o direito ao contraditório e a ampla defesa da parte.
7. "O procedimento conhecido por "alta programada", em que a autarquia previdenciária, ao conceder benefício de auxílio-doença, fixa previamente o prazo para o retorno do segurado à atividade laborativa, à míngua de nova perícia, não encontra respaldo na legislação federal" (AgInt no AREsp 997.248/BA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 12/03/2018).
9. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto da eminente desembargadora.

Fortaleza, 25 de julho de 2018.

RELATÓRIO

Cogita-se de Agravo de Instrumento interposto por Roberto Araújo Abrunhosa em face da decisão do MM. Juiz de Direito da 39ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza – CE, que em Ação Ordinária de restabelecimento de auxílio-doença acidentário indeferiu, em sede de antecipação de tutela, a restauração do referido auxílio pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Em sua minuta, fls. 01/03, o agravante alega ter sido acometido de transtorno de ansiedade (CID F41.3) tendo sido contemplado com o auxílio-acidentário até o dia 22 de novembro de 2017. Discorre que a alta programada ensejou danos de natureza alimentar e salarial ao promovente,

haja vista ter sido declarado INAPTO ao trabalho pela empresa empregadora, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, deixando de receber vale-alimentação e salário.

Destaca haver no caso em comento os requisitos necessários para concessão da tutela de acordo com o art. 300, do CPC.

Pugna pelo imediato restabelecimento do benefício de auxílio-doença e, no mérito, seja dado total provimento ao recurso para reformar a decisão interlocutória.

Documentos às fls. 04/70.

Em decisão interlocutória de fls. 73/77, foi deferida a antecipação de tutela, fundada no art. 300, do CPC, em razão dos indícios suficientes do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, de modo a restabelecer o auxílio-acidente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, mantendo o referido benefício até que se perfaça o exame pericial pelo Juízo de primeiro grau.

Em contrarrazões, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS afirma que inexiste nos autos prova inequívoca da incapacidade do agravante, tendo o mesmo sido submetido a várias perícias administrativas que determinaram a cessação do benefício.

Destaca que após exame do perito médico do INSS restou concluído que não há mais incapacidade laborativa, culminando na cessação do benefício previdenciário. Ressalta que a jurisprudência pátria possui o entendimento quanto a inexistência de conflito entre as conclusões apresentadas através de documentos médicos particulares e a perícia realizada pelo instituto de seguridade social.

Sustenta subsistir na espécie lesão grave e de difícil reparação reverso ao órgão previdenciário, em razão do dano gerado ao INSS que dificilmente será reparado em razão da natureza do bem entregue.

Ao cabo, postula pela manutenção da negativa da tutela antecipada, visto restar ausentes os pressupostos autorizadores de sua concessão.

É o relatório

VOTO

Primordialmente, firmo a competência da Justiça estadual para análise da presente lide, em razão do precedente abaixo colacionado:

> PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.
> 1. A competência para julgar o restabelecimento do benefício de auxílio-acidente, decorrente de acidente do trabalho, é da Justiça Comum Estadual. Precedentes.
> 2. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara de Família e Anexos da Comarca de Cascavel/PR, o suscitado. (CC 38.337/PR, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2004, DJ 13/12/2004, p. 214).

A controvérsia em questão gira em torno do restabelecimento de auxílio-doença acidentário em favor de Roberto Araújo Abrunhosa, ora agravante, o qual afirma restar inapto ao trabalho em razão de estar acometido de transtorno de ansiedade (CID F41.3), devendo o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS arcar com a manutenção do referido benefício.

Percebe-se que fora comunicado pela empresa empregadora do Agravante a ocorrência de Acidente do Trabalho – CAT na data de 25 de julho de 2017 (fl. 55), em razão de abalo psicológico ocorrido no promovente após assalto, sendo o mesmo diagnosticado por sofrer reação aguda ao "stress" e depressão.

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS comunicou sua decisão administrativa em 22 de novembro de 2017, quando da solicitação de prorrogação da percepção do auxílio-doença, sendo indeferido o pleito através de "alta programada" realizada pelo INSS em razão de não se verificar "incapacidade para o seu trabalho ou para sua atividade habitual".

Contudo, pode-se reparar que através de exame admissional na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, elaborado pelo Médico Ronaldo de Souza de Costa, CRM 4042, constante à fl. 60 dos autos, registrou-se que o recorrente encontra-se INAPTO para exercer suas funções. Tal avaliação ocorrera logo após a decisão administrativa elaborada pelo INSS, em 28 de novembro de 2017.

Atente-se que, conforme a sequência dos eventos, constata-se que o próprio empregador, através do exame médico admissional, assinala que o agravante não detém condições para o ofício. Surge assim situação complexa e imponderável em que o INSS registra, através de ato administrativo, que o trabalhador encontra-se plenamente apto ao trabalho, contudo, o próprio empregador não admite a parte sob a alegativa de que permanece o empregado em incapacidade laboral.

Apesar de se constituir em prova elaborada de modo unilateral, o exame admissional da Empresa Brasileira de Correios e sua conclusão apresenta indício suficiente do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Acrescente-se que não consta nos autos subsistirem provas de realização de perícia realizada pelo INSS, restando somente comprovado o ato administrativo do procedimento denominado "alta programada", o qual não concede ao segurado a avaliação de seu estado de saúde, violando o direito ao contraditório e a ampla defesa da parte. Sobre o tema, acosto alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA PROGRAMADA. CANCELAMENTO AUTOMÁTICO DO BENEFÍCIO À MÍNGUA DE NOVA PERÍCIA MÉDICA. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. O procedimento conhecido por "alta programada", em que a autarquia previdenciária, ao conceder benefício de auxílio-doença, fixa previamente o prazo para o retorno do segurado à atividade laborativa, à míngua de nova perícia, não encontra respaldo na legislação federal.
>
> 2. Em atenção ao art. 62 da Lei n. 8.213/91, faz-se imprescindível que, no caso concreto, o INSS promova nova perícia médica, em ordem a que o segurado retorne às

atividades habituais apenas quando efetivamente constatada a restauração de sua capacidade laborativa.
3. No que regulamentou a "alta programada", o art. 78 do Decreto 3.048/99, à época dos fatos (ano de 2007), desbordou da diretriz traçada no art. 62 da Lei n. 8.213/91.
4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 997.248/BA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 12/03/2018).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXILIO-DOENÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CESSAÇÃO POR ALTA PROGRAMADA. OFENSA AO ART. 62 DA LEI 8.213/91. IMPRESCINDIBILIDADE DA PERÍCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA.
I - Verifica-se que a Corte de origem não analisou, ainda que implicitamente, os arts. 60 da Lei 8.213/91 e 1º, § 1º, do Decreto 5.844/2006, tendo decidido a questão com fundamento no art. 62 da Lei 8.213/91 e aduzido que a Ordem Interna 138 INSS/DIRBEN de 2006 colide frontalmente com tal dispositivo da lei de benefícios.
II - Desse modo, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal.
III - Se o recorrente entendesse haver alguma eiva no acórdão impugnado, ainda que a questão federal tenha surgido somente no julgamento perante o Tribunal *a quo*, deveria ter oposto embargos declaratórios, a fim de que fosse suprida a exigência do prequestionamento e viabilizado o conhecimento do recurso em relação aos referidos dispositivos legais. Caso persistisse tal omissão, seria imprescindível a alegação de violação do art. 535 do Código de Processo Civil por ocasião da interposição do recurso especial, com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, sob pena de incidir no intransponível óbice da ausência de prequestionamento. Incide ao caso, *mutatis mutandis*, o disposto nos enunciados de números 282 e 356 do STF
IV - A configuração do prequestionamento pressupõe debate e

decisão prévios pelo colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a análise sobre a violação dos preceitos evocados pela recorrente.

V - Fica prejudicada a análise do recurso especial, no que tange à alínea "c" do permissivo constitucional, porquanto a ausência de prequestionamento do dispositivo legal tido como violado impossibilita a demonstração da similitude fática entre os arestos paradigmas e a decisão que se quer infirmar.

VI - Nos termos da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, é incompatível com a lei previdenciária a adoção do procedimento da "alta programada", tendo em vista que fere direito subjetivo do segurado de ver sua capacidade laborativa aferida através do meio idôneo a tal fim, que é a perícia médica.

VII - é incabível que o INSS preveja com antecedência, por meio de mero prognóstico, que em determinada data o segurado esteja apto ao retorno ao trabalho, sem avaliar efetivamente o estado de saúde em que se encontra, tendo em vista que tal prognóstico pode não corresponder à evolução da doença. Assim, não se pode proceder ao cancelamento automático do benefício previdenciário, ainda que diante de desídia do segurado em proceder à nova perícia perante o INSS, sem que haja prévio procedimento administrativo, sob pena de ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

VIII - Agravo interno improvido. (AgInt no REsp 1599979/MT, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018).

PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA PROGRAMADA. CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO. ENUNCIADO N. 83 DA SÚMULA DO STJ. NECESSIDADE DE AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança contra ato praticado pelo Chefe da Agência do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em Várzea Grande/MT, com o objetivo de restabelecer o seu benefício de auxílio-doença.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido da impossibilidade da alta médica programada para cancelamento automático do benefício previdenciário de auxílio-doença, sem que haja prévia perícia médica que ateste a capacidade do segurado para o desempenho de atividade laborativa que lhe garanta a subsistência, sob pena de ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Nesse sentido: AgInt no REsp 1547268/MT, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 10/11/2017; AgInt no AREsp 968.191/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 20/10/2017.

III - Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 974.370/MT, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 14/02/2018).

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA PROGRAMADA. OFENSA AO ART. 62 DA LEI 8.213/1991. NECESSIDADE DE PERÍCIA. SUSPENSÃO DO EXPEDIENTE FORENSE. COMPROVAÇÃO. DOCUMENTO IDÔNEO. INTEMPESTIVIDADE AFASTADA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO DEMONSTRADA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF.

1. Trata-se na origem de Mandado de Segurança contra ato do Chefe de Agência do INSS que cessou o benefício de auxílio-doença do ora recorrido com base no sistema de alta programada.

2. O Agravo em Recurso Especial interposto pelo INSS não foi conhecido ante a sua intempestividade.

3. O Superior Tribunal de Justiça passou a admitir a comprovação posterior da tempestividade do Recurso Especial, em virtude de feriado local ou de suspensão de expediente forense no Tribunal de origem, quando da interposição do Agravo Interno (AgRg no AREsp 137.141/SE, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Corte Especial, DJe 15/10/2012).

4. Não se conhece de Recurso Especial em relação à ofensa ao art. 535 do CPC/1973 quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.
5. O sistema de alta programada estabelecido pelo INSS apresenta como justificativa principal a desburocratização do procedimento de concessão de benefícios por incapacidade. Todavia, não é possível que um sistema previdenciário, cujo pressuposto é a proteção social, se abstenha de acompanhar a recuperação da capacidade laborativa dos segurados incapazes, atribuindo-lhes o ônus de um auto exame clínico, a pretexto da diminuição das filas de atendimento na autarquia.
6. Cabe ao INSS proporcionar um acompanhamento do segurado incapaz até a sua total capacidade, reabilitação profissional, auxílio-acidente ou aposentadoria por invalidez, não podendo a autarquia focar apenas no aspecto da contraprestação pecuniária.
7. Na forma do art. 62 da Lei 8.213/1991, "o segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade", e "não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez". Transferir essa avaliação ao próprio segurado fere gravemente o princípio da dignidade da pessoa humana.
8. Além disso, a jurisprudência que vem se firmando no âmbito do STJ é no sentido de que não se pode proceder ao cancelamento automático do benefício previdenciário, ainda que diante de desídia do segurado em proceder à nova perícia perante o INSS, sem que haja prévio procedimento administrativo, sob pena de ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.
9. Agravo Interno parcialmente conhecido para afastar intempestividade e, no mérito, não provido. (AgInt no AREsp 1049440/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017).

A permanência do agravante na situação exposta lhe causará danos irreparáveis, além de vulnerar-lhe o direito ao devido processo legal ante a omissão administrativa em averiguar, de modo exauriente, a capacidade laboral do empregado, restando o impasse entre a empresa empregadora e o órgão do INSS sobre a devida possibilidade de retorno do promovente ao seu ofício.

Dessa feita, deve ser concedido ao agravante, em caráter precário e não exauriente, o restabelecimento do auxílio-acidente pelo INSS uma vez que a causa motivante do seu afastamento ocorreu por motivos psicológicos, sendo necessária maior averiguação por profissionais habilitados a examinar a capacidade laboral do recorrente e seu efetivo retorno às atividades dantes exercidas.

Pelas razões acima descritas, CONHEÇO do Agravo de Instrumento para DAR-LHE PROVIMENTO, de modo a restabelecer a concessão do auxílio-acidente ao segurado, Roberto Araújo Abrunhosa, sob pena de multa diária de R$ 100,00 (cem reais), uma vez que tal benefício lhe foi retirado automaticamente através da "alta programada", mantendo-se o referido auxílio até que se perfaça o exame pericial pelo Juízo de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 25 de julho de 2018.

PROCESSO Nº 0621419-92.2017.8.06.0000/00000 - DE INSTRUMENTO
ORIGEM: 7ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA/CE.
AGRAVANTE: ROSSET E COMPANHIA LTDA.
AGRAVADOS: COTTON INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, PAULO ROBERTO OTOCH BAQUIT E MARCELO OTOCH BAQUIT
RELATORA: JUÍZA CONVOCADA MARLÚCIA DE ARAÚJO BEZERRA.

EMENTA. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DE 1º GRAU QUE INDEFERE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA E BLOQUEIO DE BENS. INSTITUTO RECONHECIDO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA EM SEDE DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. DECISÃO DO JUÍZO *A QUO* REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1 – Trata-se de Agravo de Instrumento para reformar decisão do juízo *a quo que* indeferiu pedido de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica e consequente bloqueio de bens, contrariando inteligência expressa no art. 133 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015.

2 – Tutela de urgência deferida para os fins de bloquear, via BACENJUD, valores monetários existentes em contas bancárias de titularidade dos sócios.

3 – Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, nos

autos do Agravo de Instrumento nº 0621419-92.2017.06.0000/00000, por unanimidade da Turma, em conhecer do Agravo de Instrumento para dar-lhe provimento, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza/CE, 21 de junho de 2017.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com Pedido Liminar interposto por Rosset & Cia Ltda, objetivando reformar decisão proferida pelo Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que indeferiu pedido de bloqueio cautelar via BACENJUD em face de Fernanda Mendes Pontes Baquit, Paula Correia Lima Baquit, Tebasa S/A, KM Brasil Ltda, Osasuna Participações Ltda, Osasuna Comercial Importadora Ltda, Blue Mountain Participações S/A e Serra Azul Participações S/A, nos autos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nº0609315-61.2000.8.06.0001/01.

Alega a agravante, em síntese, ser credora de título extrajudicial em desfavor da empresa Cotton Indústria e Comércio Têxtil Ltda, cujos sócios são Paulo Roberto Otoch Baquit e Marcelo Otoch Baquit. O crédito atualizado é o montante de R$ 17.164.944,66 (dezessete milhões, cento e sessenta e quatro mil, novecentos e quarenta e quatro reais e sessenta e seis centavos), tendo ajuizado ação de execução no ano de 2000.

Aduz que a agravada vem realizando sucessivas manobras para frustrar o direito de crédito da agravante, movimentando seus recursos por meio de outras empresas integrantes do mesmo grupo econômico – Tebasa S/A e KM Brasil Ltda – o que inclusive já teria sido reconhecido em diversas ações.

Afirma que após o reconhecimento da sucessão empresarial entre as empresas Cotton, Tebasa e KM, os sócios da agravada migraram suas atividades para uma terceira empresa, Osasuna Participações Ltda, que possui filial no mesmo endereço da Cotton Indústria e Comércio Têxtil Ltda e utiliza a marca "Jangadeiro Têxtil", que seria de propriedade da Tebasa S/A.

Alega que a empresa Osasuna Participações fora constituída em nome de Paula e Fernanda Baquit, sendo a primeira filha de Paulo Baquit e a

segunda esposa de Marcelo Baquit, já tendo havido também o reconhecimento da confusão patrimonial entre a devedora Cotton e as empresas Tebasa e Osasuna Participações.

Aduz que, após este último reconhecimento de confusão patrimonial, os sócios da executada constituíram duas sociedades anônimas – Blue Mountain S/A e Serra Azul S/A – e, abaixo delas, uma sociedade limitada – Osasuna Comercial Ltda – que passaram a exercer as atividades originariamente integrantes do objeto social da Cotton.

Alega que os agravados, mais uma vez, indicaram as Sras. Paula e Fernanda Baquit para o cargo de administradoras das referidas sociedades anônimas, sendo que estas, em depoimento prestado à polícia civil, admitiram que as empresas são controladas, de fato, pelos devedores Paulo e Marcelo Baquit.

Diante da situação narrada, a agravante suscitou incidente de desconsideração da personalidade jurídica, requerendo, em sede de tutela de urgência, o bloqueio cautelar de bens via BACENJUD em face de Fernanda Mendes Pontes Baquit, Paula Correia Lima Baquit, Tebasa S/A, KM Brasil Ltda, Osasuna Participações Ltda, Osasuna Comercial Importadora Ltda, Blue Mountain Participações S/A e Serra Azul Participações S/A.

O Juízo de origem indeferiu o pleito antecipatório, por entender que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não comportaria a complexidade da matéria discutida, que deveria ser objeto de ação própria, bem como teria limites restritos entre a empresa devedora e seus sócios, não podendo alcançar pessoas jurídicas diversas.

Desta decisão foi interposto o presente agravo de instrumento, sustentando, em síntese, restar devidamente demonstrada a sucessão entre os agravados e as empresas Blue Mountain e Serra Azul, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para alcançar bens de terceiros e o preenchimento dos requisitos para a concessão da tutela de urgência recursal.

Requer a agravante, a antecipação dos efeitos da tutela, no sentido de deferir o bloqueio cautelar via BACENJUD em face de Fernanda Mendes Pontes Baquit, Paula Correia Lima Baquit, Tebasa S/A, KM Brasil Ltda, Osasuna Participações Ltda, Osasuna Comercial Importadora Ltda, Blue

Mountain Participações S/A e Serra Azul Participações S/A, e, no mérito, a confirmação da tutela pleiteada.

Em decisão interlocutória prolatada às páginas 112/122, deferi a tutela recursal requestada, para determinar o bloqueio cautelar de bens, via BACENJUD em desfavor dos agravados, condicionando, todavia, a implementação da medida à prestação de caução pela agravante, no importe de 1% (um por cento) sobre o valor objeto do bloqueio.

A aludida decisão interlocutória foi devidamente publicada, conforme certidão de publicação que repousa às páginas 125, inexistindo manifestação expressa dos agravados no que tange à apresentação de contrarrazões ao Agravo de Instrumento.

Mais adiante, nas páginas 126/127, a agravante ROSSET E CIA LTDA, atravessou petição, oferecendo caução real, em cumprimento à decisão que deferiu o bloqueio via BACENJUD, cuja indicação, a teor do despacho da pág.136, foi deferida por esta Relatora.

Nas páginas 148/166 repousam informações do Banco Central do Brasil, acerca dos bloqueios realizados, que mostraram restrita efetividade.

Por fim, a agravante atravessa nova petição, nas páginas 169/173, onde inova em pedidos, postulando a renovação do bloqueio, bloqueio cautelar impeditivo de transferência ou gravação de quaisquer ônus e expedição de ofício ao Banco Central e às instituições financeiras.

É o Relatório.

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade recursal, conheço do agravo de instrumento.

Preliminarmente, cumpre-me analisar a possibilidade ou não de reconhecer a desconsideração da personalidade jurídica como incidente processual ou, de modo contrário, se se trata de instituto cujo reconhecimento exige o ajuizamento de ação autônoma, além do que se sua utilização autoriza alcançar pessoas jurídicas diversas, que não figuram no quadro societário da devedora originária, reconhecendo, no caso concreto, a existência de grupo econômico.

O procedimento da desconsideração da personalidade jurídica foi profundamente modificado pelo Código de Processo Civil de 2015, garantindo maior segurança em seu processamento e pondo fim a antigos e intermináveis debates doutrinários.

Sobre o tema, aliás, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[1] anotam que "antes da edição do CPC, a doutrina controvertia sobre a forma de requerimento da desconsideração da personalidade jurídica: bastaria um pedido incidental, durante a execução, ou seria necessário fazer um pedido à parte num processo autônomo? (Bruschi. Aspectos processuais da desconsideração, p. 83). **O CPC adotou a opção mais econômica, temporal e financeiramente: o pedido incidente. Essa era, aliás, a opção que já era adotada pela jurisprudência do STJ**". (grifei)

Com efeito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, mesmo na vigência do antigo diploma processual, era no sentido de que "a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros".(RMS 16.274/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2003, DJ 02/08/2004, p. 359)

O Código de Processo Civil de 2015, por seu turno, sepulta de vez qualquer dúvida sobre a natureza incidental da desconsideração da personalidade jurídica, dispondo, ainda, em seu art. 134, que "o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial".

Resta, então, investigar se, uma vez instaurado o incidente de desconsideração, seu procedimento admite ampla dilação probatória, a fim de verificar a hipótese autorizadora da investida contra o patrimônio dos sócios.

1 Código de Processo Civil Comentado, 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 622.

Nos termos do art. 134, § 4º, do atual Repertório Processual Civil "o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica".

O art. 135 do mesmo diploma processual dispõe que "instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias".

Acerca dos referidos dispositivos leciona Daniel Amorim Assumpção Neves que "como toda petição postulatória, a petição que veicula o pedido para a instauração do incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica deve conter fundamentação (pressupostos legais para a desconsideração) e pedido (desconsideração e penhora sobre o bem dos sócios). Nesse sentido deve-se compreender o § 4º do art. 134 do Novo CPC, que não foi feliz em prever que no requerimento cabe à parte demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais para a desconsideração, o que pode passar a equivocada impressão de que o requerente terá que apresentar prova pré-constituída e liminarmente demonstrar o cabimento da desconsideração." (Manual do Novo Código de Processo Civil, 8ª edição. Salvador: Jus Podivm, p. 446-447.)

Na realidade, o requerente não deve demonstrar, mas apenas alegar o preenchimento dos requisitos legais para a desconsideração, **tendo o direito a produção de prova para convencer o juízo da sua alegação, inclusive conforme expressamente previsto nos arts. 135 e 136 do CPC/2015, ao preverem expressamente a possibilidade de instrução probatória no incidente ora analisado**. (grifei)

E prossegue o referido autor: "**sendo necessária produção da prova, que poderá ser requerida por qualquer das partes envolvidas no incidente processual, todos os meios de prova em Direito serão admitidos em respeito ao princípio do contraditório**". (Obra citada, p. 449.)

Na mesma esteira é a lição de Eduardo Talamini:

> ¡°**Nos limites de seu objeto (verificação dos pressupostos materiais da desconsideração), a instrução do incidente é aprofundada. A cognição é exauriente.** O juiz não resolverá a questão com base em mera plausibilidade, aparência.

> Mas isso obviamente não significa que não seja possível concluir pela ocorrência dos fundamentos que impõem a desconsideração a partir de provas indiretas, indícios e máximas da experiência – como poderia fazê-lo em qualquer outra causa de cognição exauriente". (grifei) (Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234997,11049-Incidente de desconsideração de personalidade jurídica. Acesso em 10/03/2017.)

Com efeito, os dispositivos do CPC que tratam do incidente de desconsideração da personalidade jurídica fazem referência expressa à produção de provas, tanto no art. 135, quanto no art. 136, *caput*. E não poderia ser diferente: a própria natureza da matéria discutida no incidente, por si só, é de alto grau de complexidade, visto tratar, em tese, de manobras jurídicas sofisticadas, que não raro objetivam ocultar patrimônio, envolvendo mais de uma pessoa física ou jurídica.

Inadmitir a dilação probatória em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica seria esvaziar o próprio instituto, trazendo graves prejuízos para ambas as partes: ao credor, que teria que se desincumbir do desproporcional ônus de comprovar cabalmente, a um só tempo e por simples petição, todas as eventuais manobras levadas a efeito pelo devedor para ocultar patrimônio e frustrar a satisfação de seu direito, por mais refinadas que sejam; e ao sócio devedor, que veria sobre si a ameaça de ter seu patrimônio pessoal invadido, sem sequer dispor de meios suficientes para comprovar a inocorrência da confusão patrimonial ou desvio de finalidade no caso concreto.

Superado o cabimento de dilação probatória no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, passo à análise da possibilidade de utilização do instituto para alcançar bens de terceiros.

Neste ponto, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "**reconhecido o grupo econômico e verificada confusão patrimonial, é possível desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa para responder por dívidas de outra, inclusive em**

cumprimento de sentença, sem ofensa à coisa julgada". (AgRg no AREsp 441.465/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 03/08/2015)

Uma vez reconhecido o caráter incidental do instituto da desconsideração da pessoa jurídica, bem como a inequívoca possibilidade de atingir bens de terceiros, nos casos supramencionados, passo à apreciação da existência ou não dos requisitos próprios à concessão da tutela antecipada pleiteada, quais sejam, o *fumus boni iuris* o *periculum in mora,* à ratificação da tutela concedida em sede de decisão interlocutória.

Nos termos do art. 50 do Código Civil de 2002, "em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, **ou pela confusão patrimonial,** o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".(grifei)

Cumpre-me, portanto, verificar se a agravante trouxe aos autos elementos suficientes para demonstrar os indícios do suposto grupo econômico formado entre os agravados e a consequente confusão patrimonial, caracterizando a verossimilhança do alegado.

A jurisprudência pátria vem evoluindo no sentido de identificar os elementos necessários para a configuração, no caso concreto, de grupo econômico. Sobre o tema, trago trecho do voto do Juiz Convocado do Tribunal Federal Regional da 3ª Região, Dr. Hélio Nogueira, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 9717-26.2014/SP:

> "Visualiza-se **íntima ligação** as empresas executadas, conectadas com intuito de formação de um conglomerado empresarial com **mesmo objetivo social,** com as **sedes fixadas em mesmo endereço.**
> Há apenas uma subdivisão em estruturas formais, mas que se utiliza de várias empresas para o desempenho de atividades de siderurgia e jornalismo.
> É possível notar, ainda, a **identidade de dirigentes** controle das diversas sociedades, o que demonstra a existência de uma unidade voltada para a obtenção dos lucros empresariais.

> Além disso, as mudanças estruturais nas sociedades agravantes sugerem a ocorrência de fraude. A identificação da fraude prescinde de ação autônoma para tal desiderato, sendo possível, pela análise dos documentos no feito executivo, o reconhecimento de sua presunção, com a consequente inclusão das empresas participantes no polo passivo da ação, exatamente como ocorrido.
> Ao contrário do alegado, não há necessidade de dissolução irregular para se estender o alcance subjetivo da execução, desde que comprovada a situação do grupo econômico". (grifei)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segue a mesma linha de entendimento, *in verbis*:

> "a desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, quando verificado que a empresa devedora pertence a **grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal,**o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob **unidade gerencial, laboral e patrimonial,** , ainda, quando se visualizar a **confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores.**(STJ; REsp 968.564/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª Turma, julgado em 18/12/2008, DJe 02/03/2009) (grifei)

Como se observa, a unidade de controle, objeto social, identidade de dirigentes e de endereços constituem indícios da configuração do grupo econômico de fato.

No caso em tela, em consulta ao CNPJ das sociedades agravadas junto ao sítio eletrônico da Receita Federal do Brasil, pode-se verificar que as empresas Cotton Indústria e Comércio Têxtil Ltda e Tebasa S/A possuem sede em endereço idêntico, e que o Sr. Paulo Roberto Otoch Baquit figura no Quadro Societário de ambas, na qualidade de sócio-administrador da primeira e Presidente da segunda.

Destaque-se, ainda, que ambas atuam em atividades econômicas afins, sendo a primeira no comércio atacadista de fios e fibras beneficiados

e a segunda na preparação e fiação de fibras de algodão, sendo a Tebasa S/A a atual detentora da marca "Jangadeiro", decorrente de incorporação da sociedade Jangadeiro Têxtil S/A, conforme documentação acostada às páginas 26/44.

A empresa KM Brasil Ltda., por sua vez, tem como sócios a própria sociedade Cotton Indústria e Comércio Têxtil Ltda. – executada na demanda originária – e os Srs. Paulo Roberto Otoch Baquit e Marcelo Otoch Baquit, atuando também no ramo da indústria têxtil, mais especificamente na confecção e facção de peças de vestuário.

As empresas Osasuna Participações Ltda., Blue Mountain Participações S/A e Serra Azul Participações S/A possuem todas o mesmo endereço – Avenida Parque Norte I, 89, Maracanaú/CE – sendo que Blue Mountain e Serra Azul possuem, inclusive, o mesmo número de telefone, sendo a atividade econômica principal da Osasuna Participações a fabricação de tecidos de malha.

As Sras. Fernanda Mendes Pontes Baquit e Paula Correia Lima Baquit figuram, respectivamente, como Presidente e Diretora das empresas Blue Mountain e Serra Azul, além de administradoras da Osasuna Participações Ltda.

Ocorre que tanto a Sra. Fernanda quanto a Sra. Paula afirmaram, em sede de depoimento prestado na Delegacia de Combate aos Crimes Contra a Ordem Tributária (documentos às páginas 88/91 e 92/94), que são os Srs. Paulo Baquit e Marcelo Baquit quem detém o poder de decisão junto às sociedades referidas, figurando, em tese, como sócios de fato das mesmas.

Por fim, verifica-se que, no Comprovante de Inscrição e Situação Osasuna Comercial Importadora Ltda, o endereço eletrônico apontado consta com o final "@jangadeirotextil.com.br", e o sítio "www.jangadeirotextil.com.br" indica como endereço físico da empresa a Av. Parque Norte I, 89, Maracanaú/CE – mesmo endereço da sede das sociedades Osasuna Participações, Blue Mountain e Serra Azul – denotando utilização de marca pertencente à Tebasa S/A, cujos sócios, conforme visto, são a sociedade Cotton Indústria e Comércio Têxtil Ltda. e os Srs. Paulo Roberto Otoch Baquit e Marcelo Otoch Baquit.

Induvidosa, portanto, a identidade de sócios e administradores, de endereços, de objeto social, bem como a utilização indiscriminada de marca pertencente a uma sociedade por outras permeiam todas as sociedades

incluídas no polo passivo da lide, sendo identificados diversos pontos de interseção entre estas, constituindo, em tese, indícios da existência de grupo econômico apto a justificar, no caso concreto, a desconsideração da personalidade jurídica, por vazar dos autos a verossimilhança do alegado.

Quanto ao *periculum in mora,*já exaustivamente analisado quando da decisão interlocutória concessiva da tutela antecipada, as cópias de decisões judiciais em diversos processos acostadas pela agravante denotam que os agravados tem por hábito promover a sucessão dos empreendimentos em que figuram como sócios, nem sempre da maneira juridicamente mais adequada.

Tal fato justifica a urgência da medida pleiteada, visto que, caso a mesma não seja deferida, os agravados poderiam, em tese, promover nova sucessão, trazendo maiores embaraços à satisfação do crédito da agravante.

Sobre os limites da tutela de urgência pleiteada, impõe-se algumas importantes considerações.

Nos termos do art. 300, § 1º do CPC/2015, "para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possar vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la".

Nesse capítulo específico da decisão interlocutória da pág.112/122, afigura-se **legalmente insustentável a exigência de caução real ou fidejussória**, por inexistir qualquer risco de irreversibilidade aos agravados.

Trata-se, portanto, de **bloqueio de valores monetários que ficarão à disposição do Juízo**, até ulterior deliberação, provisória ou definitiva, com o fim único de garantir que o processo, ao final, tenha efetividade.

O art. 520, inc. IV, do vigente Código de Processo Civil, que rege a matéria do cumprimento provisório da sentença, aplicável, portanto, ao caso em questão, reza:

> Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da

> mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:
> IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

Percebe-se que a situação fática dos autos não trata de levantamento de depósito, nem transferência de posse, tampouco alienação de propriedade ou de outro direito real. Portanto, inexiste, justificativa que sustente a exigibilidade de contracautela em favor dos agravados.

Assim sendo, reconsidero a decisão interlocutória da pág.112/122, unicamente nesse ponto específico, por entender incabível, na espécie, a imposição de caução real ou fidejussória, na medida em que a tutela provisória concedida, tem natureza cautelar e não antecipatória, guardando em si a função de resguardar o resultado útil do processo e não entregar ao agravante o objeto litigioso do processo.

Diante do exposto, CONHEÇO do recurso, para DAR-LHE INTEGRAL PROVIMENTO, reformando a decisão agravada, para fim de que o Juízo *a quo*admita e processe o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, mediante a regular dilação probatória.

Ratifico, ainda e em parte, a decisão concessiva de tutela de urgência, reconsiderando-a, somente, para tornar inexigível a prestação de caução pela agravante.

Oficie-se ao Cartório do 6º Ofício de São Gonçalo, determinando a retirada do gravame referido no ofício alojado na pág.140.

É como voto.

Fortaleza, 21 de junho de 2017.

PROCESSO Nº 0627480-66.2017.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: ELIÉSIO ROCHA ADRIANO
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMISTRATIVA. DECRETAÇÃO DE ESTADO DE EMERGÊNCIA MUNICIPAL. PRELIMINAR. IMPOSSIBILIDADE DE ENFRENTAMENTO DO MÉRITO EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARGUIÇÃO EM FACE DOS INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. FISCALIZAÇÃO E INSPEÇÃO PELO TCM. RELATÓRIO APONTANDO INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES. ALEGATIVA DE MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. AFASTAMENTO DO OCUPANTE DO CARGO. PLAUSIBILIDADE PELA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. INDÍCIOS DE RESPONSABILIDADE DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE. PRECEDENTE SOB O REGIME DE RECURSO REPETITIVO – RESP 1.366.721/BA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Cogita-se de Agravo de Instrumento interposto por Eliésio Rocha Adriano visando impugnar decisão oriunda do Juízo da Vara Única da Comarca de Bela Cruz nos autos da Ação Civil Pública de

Improbidade Administrativa de nº. 0005755-17.2017.8.06.0050 proposta pelo Ministério Público do Estado do Ceará, em que foi deferido o pleito liminar no sentido de determinar o afastamento do Agravante, Eliésio Rocha Adriano, pelo prazo de 10 (dez) meses, bem como restou decretada a indisponibilidade dos bens do recorrente.

2. O Órgão Ministerial apresenta a tese preliminar quanto a impossibilidade de se analisar o mérito da questão principal em Agravo de Instrumento. Deve-se observar, de início, que o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a "ação de improbidade administrativa, disciplinada no artigo 17 da Lei 8.429/92, tem seu assento no art. 37, § 4º da Constituição, sendo manifesto seu caráter repressivo, já que se destina, precipuamente, a aplicar sanções de natureza pessoal, semelhantes às penais, aos responsáveis por atos de improbidade administrativa, conforme prevê o art. 12 da referida Lei" e "para o recebimento da petição inicial de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, é suficiente a existência de meros indícios de autoria e materialidade".

3. Ao examinar as argumentações apresentadas pelo Agravante não se registra o enfrentamento do mérito, mas sim insurgimento das questões referentes a autoria e materialidade, nos moldes apontados no artigo 17 da Lei 8.429/92. Dessa feita, REJEITO a preliminar levantada pelo *Parquet* uma vez que não subsiste arguição do mérito da causa nas razões recursais apresentadas.

4. O Magistrado de plano apontou diversos elementos para embasar sua decisão, identificando, no caso concreto, graves incompatibilidades

referentes ao teor do Decreto Municipal n. 001/2017, o qual restou decretado o "estado de emergência" do Município de Bela Cruz, em cotejo a real situação orçamentária e financeira do citado Município, uma vez definido pelo Tribunal de Contas dos Municípios que os "motivos contantes do Decreto Municipal não são verossímeis, quer seja porque não foi identificado pelo TCM, em inspeção *in loco* ao Hospital, a situação caótica descrita no Decreto e também porque, em relação ao serviço de energia referente ao ano de 2016, as faturas já estavam todas processadas, registradas em restos a pagar", subsistindo relevantes elementos a identificar que o mencionado decreto possuía motivação inidônea, de modo a conceder legalidade à contratação mediante dispensa de licitação.

5. No que pertine ao afastamento do Recorrente, Eliésio Rocha Adriano, ocupante do cargo de Prefeito do Município de Bela Cruz, deve-se registrar que a própria legislação de regência autoriza o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

6. Por fim, no que pertine a indisponibilidade dos bens dos demandados na Ação Civil Pública ajuizada pelo Órgão Ministerial deve-se registrar que o Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento através do REsp 1366721/BA, em recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC/73 (novo art. 1.036 do novo CPC) e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ, determinando que a "indisponibilidade dos bens é cabível quando o

julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição".
7. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos moldes do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 11 de abril de 2018.

RELATÓRIO

Cogita-se de Agravo de Instrumento interposto por Eliésio Rocha Adriano visando impugnar decisão oriunda do Juízo da Vara Única da Comarca de Bela Cruz nos autos da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa de nº. 0005755-17.2017.8.06.0050 proposta pelo Ministério Público do Estado do Ceará, em que foi deferido o pleito liminar no sentido de determinar o afastamento do Agravante, Eliésio Rocha Adriano, pelo prazo de 10 (dez) meses, bem como restou decretada a indisponibilidade dos bens do recorrente.

Nas razões de fls. 01/36, o Agravante narra que o Ministério Público Estadual propôs Ação de Improbidade alegando, em suma, que o Recorrente, Prefeito do Município de Bela Cruz, exarou decreto de emergência no início do seu mandato, o qual não refletiria a real situação dos fatos ocorridos no Município, e que o referido ato somente teria o escopo de ensejar dispensas de licitação visando beneficiar outros promovidos na ação de origem, em especial na dispensa de licitação pública DL 001/2017 – SIE.

Sustenta que em 22 de fevereiro de 2017, em atendimento a Recomendação de nº 001/2017, oriunda do Ministério Público, o Município informou que o aludido decreto de emergência e todos os atos decorrentes haviam cumprido fielmente os ditames legais.

Relata que após a inspeção do Tribunal de Contas dos Municípios - TCM, a Procuradoria de Justiça dos Crimes contra a Administração Pública – PROCAP enviou ofício solicitando manifestação sobre o relatório elaborado pelo TCM, sendo informado que não ocorreu quaisquer procedimentos administrativos após a inspeção do Tribunal.

Continua afirmando que na data de 30 de maio, o *Parquet* ajuizou demanda cautelar inominada de busca e apreensão referente aos documentos atinentes aos processos DL 004/2017, DL 002/2017, DL 005/2017 e DL 003/2017, alegando que os pressupostos do Decreto de Emergência não se sustentavam e que o Município não havia atendido a Recomendação Ministerial de nº 001/2017, tendo sonegado informações à PROCAP em virtude de não ter enviado as documentações sobre as dispensas de licitações referenciadas.

Disserta terem sido disponibilizados todos os documentos solicitados, e sustenta que todos os procedimentos foram informados ao Sistema de Informações Municipal – SIM, restando comprovado que os mesmos estavam devidamente publicizados.

Discorre que os técnicos do TCM constataram que não havia ocorrido processo de transição e que não foram disponibilizadas pela gestão anterior informações imprescindíveis para o funcionamento da máquina administrativa e o sistema contábil somente foi liberado em 20 de janeiro de 2017 em virtude da dificuldade em obter registros da gestão anterior.

Aponta que os técnicos do TCM consideraram que a dispensa DL 001/2017 – SIE encontrava-se contemplada nos termos do Decreto nº 01/2017, que trata da emergência do Município de Bela Cruz, comprovando-se que o referido instrumento legal atendeu a real situação vivenciada pelo Município.

Menciona a impossibilidade de gestão administrativa ante a paralisação das ambulâncias municipais, a interrupção do transporte escolar

e a interrupção da coleta de lixo. Destaca que o Município possui débito da monta de R$ 25.123.922,77 (vinte e cinco milhões, cento e vinte e três mil, novecentos e vinte e dois reais e setenta e sete centavos), razão pela qual as empresas que prestavam serviços públicos anteriormente não se interessaram pela contratação em razão da inadimplência do Município.

Aduz que no relatório técnico elaborado pelos inspetores do Tribunal de Contas foram apontadas irregularidades as quais fora apresentada defesa não havendo decisão conclusiva sobre o Processo nº 100471/17.

Rechaça a tese de que as empresas Valentim Locações e Serviços Ltda e Montepar Construções e Serviços e CTS Construções seriam constituídas por "laranjas" com o fito de fraudar licitações em atuações conjuntas com particulares e agentes públicos de diversos municípios.

Repele, também, o argumento de que a Concorrência Pública CP nº 001/2017 teria sido mero simulacro para dissimular procedimento licitatório em que o contrato se encontra superfaturado. Indica que não restou mencionado que os serviços foram efetivamente prestados, não sendo demonstrados a aludida fraude ou superfaturamento dos contratos firmados.

Destaca que os técnicos do TCM mencionaram que em visita ao Hospital Municipal puderam constatar que o mesmo se encontrava em pleno funcionamento, sendo providenciadas as aquisições de material hospitalar e laboratorial, medicamentos e material odontológico, respaldados nas respectivas dispensas de licitação.

Sustenta haver desproporcionalidade no afastamento dos gestores, revelando-se arbitrária e desarrazoada, simplesmente porque não há mais risco ao processo uma vez já cumpridas as medidas de busca e apreensão e produção de provas que já constam nos autos. Continua afirmando que a decisão em tela perdeu seu caráter de cautela, se revelando em verdadeira antecipação de pena, em afronta à soberania popular do Município de Bela Cruz.

Ressalta inexistirem testemunhas arroladas na ação proposta pelo Ministério Público, inocorrendo risco ao andamento da instrução processual. Detalha que não há indícios de prova da autoria do Agravante para ensejar tão grave medida de afastamento, havendo somente suspeitas contra o Recorrente.

Trata do Princípio da Representatividade e da Excepcionalidade do afastamento, uma vez que a medida caracteriza grave rompimento do equilíbrio entre os Poderes, frustrando a vontade popular e causa descontinuidade administrativa, representando verdadeiro abuso e interferência indevida no Poder Executivo Municipal.

Advoga, também, o descabimento das demais medidas cautelares, devendo ser examinado o pleito nos moldes do art. 1.019, inciso I, do CPC, subsistindo no feito a probabilidade do direito arguido e o perigo de dano.

Ao cabo, postula pela concessão de medida liminar para suspender os efeitos da decisão agravada e, posteriormente cassar o *decisum* , em especial determinando o imediato retorno do Agravante ao exercício da função pública.

Em despacho de fl. 871, apresentei reserva à apreciação da postulação de urgência após a formação do contraditório.

Contraminuta ao recurso apresentada pelo *Parquet*, às fls. 873/890, expõe a tese preliminar da impossibilidade de se analisar o mérito da questão principal em Agravo de Instrumento, em razão do indevido exame de mérito da demanda principal restando ausente o aprofundamento da matéria fática em instrução processual na Ação de Improbidade em curso no Juízo de origem.

Adentrando ao mérito, alega que decisão deve ser mantida em face das condutas apontadas no *decisum* restarem devidamente apreciadas pelo Juízo *a quo*, de modo a evidenciar a clara tentativa dos promovidos de interferirem na produção de provas sobre os atos ímprobos discutidos na demanda originária.

Assevera que o disposto no parágrafo único, do art. 20, da Lei de Improbidade Administrativa concede legitimidade à medida de afastamento cautelar do agente público ímprobo quando se fizer necessária a regular instrução processual, evitando-se que os réus, no exercício dos respectivos cargos, possam manipular documentos públicos e influenciar objetivamente na produção de prova testemunhal, o que evidencia a ocorrência de risco efetivo à instrução processual.

Afasta o argumento da ausência de proporcionalidade e razoabilidade no bloqueio de bens, em razão dos fatos elencados na decisão

agravada. Defende a medida aplicada, a qual visa somente resguardar a efetividade do provimento final de mérito da demanda, resguardando o patrimônio público quanto a posteriores desvios.

Conclui requestando o não conhecimento do recurso, e acaso haja o mesmo seja conhecido solicita a improcedência das razões apresentadas pelo agravante.

É o breve relato.

VOTO

Com efeito, em relação à matéria recursal, cumpre a autoridade judicante investigar, antes que se adentre ao juízo de mérito, se há conformação da via eleita às exigências impostas pelo próprio processo, bem assim, se a mesma atende aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos, gerais e específicos do recurso interposto, verdadeiras questões de ordem pública, assim como o cabimento, a legitimação, o interesse recursal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, a tempestividade, a regularidade formal e o preparo. Trago o escólio do Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e professor de Direito Processual Civil em diversas instituições de ensino, Dr. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara:

> Assim sendo, todos os atos postulatórios devem ser apreciados em dois momentos distintos: admissibilidade e mérito. Dessa regra não fogem os recursos, que devem ser apreciados primeiramente quanto à admissibilidade e, sendo admitido o recurso, deve-se então passar ao exame de seu mérito. Vê-se, pois, que os recursos devem ser examinados preliminarmente quanto à admissibilidade e, apenas no caso de serem admissíveis é que terão seu conteúdo examinado. (CÂMARA, Alexandre Freitas. Requisitos de admissibilidade dos recursos civis. Dos Recursos. V, v. 1, 2013).

O Órgão Ministerial apresenta a tese preliminar quanto a impossibilidade de se analisar o mérito da questão principal em Agravo de Instrumento.

Deve-se observar, de início, que o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a "ação de improbidade administrativa, disciplinada no artigo 17 da Lei 8.429/92, tem seu assento no art. 37, § 4º da Constituição, sendo manifesto seu caráter repressivo, já que se destina, precipuamente, a aplicar sanções de natureza pessoal, semelhantes às penais, aos responsáveis por atos de improbidade administrativa, conforme prevê o art. 12 da referida Lei" e "para o recebimento da petição inicial de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, é suficiente a existência de meros indícios de autoria e materialidade". Vide-se diversos precedentes neste sentido:

> "[...] para o recebimento da petição inicial de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, é suficiente a existência de meros indícios de autoria e materialidade, não havendo necessidade de maiores elementos probatórios nessa fase inicial [...]" (AgRg no Ag 1297921 MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012).

> "[...] o art. 17 da Lei 8.429/1992 estabelece uma fase prévia ao rito ordinário, a qual pode ensejar a rejeição ou o recebimento da petição inicial com base nos elementos indiciários da prática de improbidade. [...] Tão grande foi a preocupação do legislador com a efetiva repressão aos atos de improbidade e com a valorização da instrução judicial, que até mesmo esta prova indiciária é dispensada quando o autor, na petição inicial, trouxer 'razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas' (art. 17, § 6°). [...]"(REsp 1116964 PI, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 02/05/2011).

> "[...] A Lei da Improbidade Administrativa exige que a petição inicial seja instruída com, alternativamente, 'documentos' ou 'justificação' que 'contenham indícios suficientes do ato de improbidade' (art. 17, § 6°). Trata-se, como o próprio dispositivo legal expressamente afirma, de prova indiciária, isto é, indicação pelo autor de elementos genéricos

de vinculação do réu aos fatos tidos por caracterizadores de improbidade. [...]" (REsp 1122177 MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 27/04/2011).

"[...] pacífico no Superior Tribunal de Justiça entendimento segundo o qual, na fase preliminar de recebimento da inicial em ação de improbidade administrativa, vige o princípio do *in dubio pro societate*, i. e., apenas ações evidentemente temerárias devem ser rechaçadas, sendo suficiente simples indícios (e não prova robusta, a qual se formará no decorrer da instrução processual) da conduta ímproba. [...]" (AgRg no Ag 1154659 MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 28/09/2010).

"[...] Nas ações de improbidade, a petição inicial deve ser precisa acerca da narração dos fatos, para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa. Não se exige, contudo, que desça a minúcias das condutas dos réus, nem que individualize de maneira matemática a participação de cada agente, sob pena de esvaziar de utilidade a instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos imputados. [...]" (REsp 1040440 RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 23/04/2009).

"[...] O rito previsto para as ações de improbidade administrativa (art. 17 e parágrafos) sofreu profundas modificações decorrentes do texto da Medida Provisória 2.225-45/2001, entre as quais a possibilidade de apresentação de defesa prévia antes do recebimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa. A análise do art. 17 e parágrafos da Lei 8.429/92 permite afirmar que: 1) o autor da ação civil de improbidade administrativa deverá instruir a petição inicial com provas indiciárias da suposta configuração de atos de improbidade administrativa (§ 6º). 'No âmbito da Lei 8.429/92, prova indiciária é aquela que aponta a existência de elementos mínimos - portanto, elementos de suspeita e não de certeza - no sentido de que o demandado é partícipe,

> direto ou indireto, da improbidade administrativa investigada, subsídios fáticos e jurídicos esses que o retiram da categoria de terceiros alheios ao ato ilícito' [...]" (REsp 839.959 MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 11/02/2009).

Ao examinar as argumentações apresentadas pelo Agravante não se registra o enfrentamento do mérito, mas sim insurgimento das questões referentes a autoria e materialidade, nos moldes apontados no artigo 17 da Lei 8.429/92. Dessa feita, REJEITO a preliminar levantada pelo *Parquet* uma vez que não subsiste arguição do mérito da causa nas razões recursais apresentadas.

Passo ao exame do mérito.

O entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça e pela majoritária doutrina sinalizam que a petição inicial deve vir instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou que façam presumir a existência do delito, ou ainda, que apresentem razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, nos termos do art. 17, § 6º, da Lei 8.429/92. Dessa feita, o Magistrado de Plano fundamentou o acolhimento inicial das razões ministeriais sob a seguinte motivação:

> [...]
> 13. Da documentação apresentada com a inicial percebe-se haver indícios de que a motivação embasadora do decreto não corresponde a situação fática do município de Bela Cruz na época da promulgação do ato normativo.
> 14. O Decreto Municipal n. 001/2017, expedido no dia 02.01.17, está assim redigido:
>
> O Prefeito Municipal de Bela Cruz, no uso de suas atribuições legais, e considerando o disposto no art. 40. I, f da Lei Orgânica do Município, art. 24, IV, 26 e seus parágrafos da Lei n° 8.666/93, art. 37. IX da Constituição Federal Brasileira e demais legislações em vigor;
> Considerando que o Município de Bela Cruz, os serviços

de limpeza pública, sofreram solução de continuidade, o que revela pelo acúmulo de lixo e detrito nas ruas da Sede, Distritos e localidades, colocando em risco a saúde e a higiene da população;

Considerando a situação do Hospital Municipal de Bela Cruz, encontrada no dia 1° de janeiro de 2017, quando a inauguração desta gestão é, no mínimo, calamitosa, senão vejamos: grande acúmulo de sujeira nas dependências: falta de medicamentos para dispensação, falta de material cirúrgico e para os procedimentos médicos mais simplificados, falta de material de limpeza e higiene; falta de lençóis; camas enferrujadas, inexistência de colchões nas camas e os poucos que existem se revelam totalmente inadequados para o uso, falta de lençóis, batas, toalhas para o uso dos pacientes; fogão totalmente deteriorado, panelas e os poucos utensílios de cozinha totalmente imprestável ao uso; total ausência de alimentos (à exceção de farinha e sal) no almoxarifado do Hospital, moveis e utensílios totalmente depreciados; máquina de lavar e outros equipamentos eletrônicos essenciais aos serviços do Hospital; geladeira onde são conservados as vacinas com as borrachas deterioradas; inexistência (ou existência, mas quebrados) de aparelhos utilizados pelos médicos nos procedimentos; ambulâncias com defeito (p. ex: pneus carecas", impróprios para serem utilizados, baterias velhas, etc.), cisternas e caixa d'água com grande acúmulo de sujeira e insetos, enfim, total falta de condições de funcionamento, o que denota um CAOS generalizado na Saúde Pública Municipal;

Considerando o atraso no pagamento das contas de telefone, inclusive, em alguns casos, pendências relativas ao mês de dezembro do ano de 2016;

Considerando que a população não pode ficar à míngua dos serviços públicos essenciais, em nome de entraves burocráticos, embora sejam os mesmos de ordem legal;

Considerando os ditames dos Principios da Supremacia e indisponibilidade do interesse público e princípio da continuidade dos serviços públicos;

Considerando a previsão contida no art. 24, IV, da Lei n° 8.666/93, em nome da qual cabe à autoridade competente adotar medida de caráter emergencial e urgente de atendimento,

com finalidade de evitar risco à saúde, ao saneamento básico, permitir o regular funcionamento da máquina administrativa, honrar obrigações, proceder temporária, inadiável e direta contratação de serviços e pessoas, com meio de afastar o risco ainda mais grave, ou seja. que a situação ora descrita possa vir a transmudar-se em calamidade pública;
Considerando as hipóteses vinculadas que caracterizam-se pela urgência do atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outro bens;

Decreta:

Art. 1º: Fica decretado o estado de emergência no Município de Bela Cruz, pelo prazo de 90 (noventa) dias, consecutivos e ininterruptos, a contar da vigência deste.
Art. 2º: O Chefe do Poder Executivo Municipal adotará ou delegará poderes para a adoção e alcance das medidas necessárias para debelar a situação emergencial, com vistas à urgência de atendimento, podendo proceder às contratações diretas que foram necessárias a afastar riscos, prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial.
Art. 3° Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Paço da Prefeitura Municipal de Bela Cruz, em 02 de janeiro de 2017.
Eliésio Rocha Adriano
Prefeito Municipal.

15. Para expedir o decreto municipal o prefeito levou em consideração, em essência, a impossibilidade de descontinuação dos serviços de limpeza pública, a situação calamitosa do sistema de saúde do município e o atraso no pagamento das contas de telefone.
16. Ao analisar a consistência dessa motivação o TCM chegou a seguinte conclusão:

‘’Considerando que não for materializado, com base na documentação apresentada, o endividamento que a gestão anterior supostamente teria deixado, bem como não foi identificada, em inspeção *in loco* ao Hospital, e com base em depoimentos, a situação de caos que a gestão atual alega ter recebido;
Considerando que, muito embora a Comissão de Transição tenha aditado todas, as medidas necessárias, encaminhando comunicação oficial ao Ministério Público e TCM acerca de irregularidades observadas na transição, não se observa planejamento quanto à realização de licitações para aquisição de bens e serviços essenciais, que vai de encontro com o determinado no próprio Decreto, quando este estabelece ao Chefe do Poder Executivo Municipal “adotará ou delegará poderes para a adoção e alcance das medidas necessárias para debelar a situação emergencial, com vistas à urgência de atendimento”;
Considerado ainda que foi verificado que os estoques deixados pela gestão anterior, muito embora não suprissem a necessidade a médio e a longo prazos, não se apresentavam em completo esvaziamento;
Não se sustentam os pressupostos alegados no Decreto n° 001/, haja vista que a necessidade imediata de contratação se limitava a casos pontuais, não se justificando a decretação de situação de emergência em todo o município (...) de BELA CRUZ pelo prazo de 90 (noventa) dias.

17. Com efeito, no caso específico dos autos, embora o decreto emergencial tenha como um dos motivos o fato de que no “Município de Bela Cruz os serviços de limpeza pública. Sofreram solução de continuidade, o que revela pelo acúmulo de lixo e detrito nas ruas da Sede, Distritos e localidades, colocando em risco a saúde e a higiene da população”, **há nos autos demonstração de que tais serviços não foram paralisados, uma vez que o serviço era realizado por garis, integrantes do quadro de servidores efetivos da prefeitura municipal de Bela Cruz, num total de vinte, com o auxílio de retroescavadeiras.** Esta assertiva é extraída do depoimento do Sr. Antônio Flávio de Vasconcelos, procurador-

> geral do Município, o qual encontra-se gravado em mídia anexa à inicial.
> 18. Assiste razão, pois, ao Ministério Público quando assevera que "não se concebe, com efeito, se possa estar diante de uma situação de emergência no que tange ao lixo se há no Município 20 (vinte) cargos efetivos de garis, enquanto pela empresa contratada mediante dispensa emergencial teriam sido "contratados" 24 (vinte e quatro) garis. Não foram os 04 (quatro) garis a mais, à toda evidência, os responsáveis por debelarem o "grave estado de emergência" sustentado pelo Sr Prefeito (fl. 32).
> 19. **Há forte evidência, portanto, de que o decreto, ao menos quanto ao serviço de limpeza pública, recebeu motivação inidônea, muito provavelmente para dar legalidade à contratação mediante dispensa de licitação.**
> 20. O Decreto, aos olhos dos inspetores do TCM e considerando o que já foi aportado nos autos, representa uma fraude, na medida em que aponta uma situação (fictícia) apta a dar suporte à contratação direta, sem a concorrência existente no processo licitatório.
> 21. **Também há nos autos evidências de que os demais motivos contantes do Decreto Municipal não são verossímeis, quer seja porque não foi identificado pelo TCM, em inspeção *in loco* ao Hospital, a situação caótica descrita no Decreto e também porque, em relação ao serviço de energia referente ao ano de 2016, as faturas já estavam todas processadas, registradas em restos a pagar (ver relatório do TCM).**
> [...]

O Magistrado de plano apontou diversos elementos para embasar sua decisão, identificando, no caso concreto, graves incompatibilidades referentes ao teor do Decreto Municipal n. 001/2017, o qual restou decretado o "estado de emergência" do Município de Bela Cruz, em cotejo a real situação orçamentária e financeira do citado Município, uma vez definido pelo Tribunal de Contas dos Municípios que os "motivos contantes do Decreto Municipal não são verossímeis, quer seja porque não foi identificado pelo TCM, em inspeção *in loco* ao Hospital, a situação caótica descrita no Decreto

e também porque, em relação ao serviço de energia referente ao ano de 2016, as faturas já estavam todas processadas, registradas em restos a pagar", subsistindo relevantes elementos a identificar que o mencionado decreto possuía motivação inidônea, de modo a conceder legalidade à contratação mediante dispensa de licitação.

Portanto, e em exame ao conjunto probatório dos autos, não se consegue divisar elementos suficientes para afastar os termos do *decisum* vergastado, uma vez caracterizados indícios suficientes e necessários para o acolhimento da Ação Civil Pública que visa aplicar sanções aos agentes públicos promovidos, pois atendidos os preceitos do art. 17, da Lei nº. 8.429/92.

No que pertine ao afastamento do Recorrente, Eliésio Rocha Adriano, ocupante do cargo de Prefeito do Município de Bela Cruz, deve-se registrar que a própria legislação de regência autoriza o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Assim, admite-se excepcionalmente o afastamento cautelar do agente público quando este, no exercício de suas funções, puser em risco a instrução processual, como se verifica no caso em espécie. Seguem precedentes:

> "[...] O fundamento legal para o afastamento cautelar de agente público em sede de ação de improbidade administrativa está previsto no art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992, [...] Referida norma, contudo, deve ser interpretada com temperamentos quando se refere ao afastamento de prefeito municipal, uma vez que se volta contra agente munido de mandato eletivo. Por essa razão, a decisão judicial que determina o afastamento de alcaide deve estar devidamente fundamentada, sob pena de se constituir em indevida interferência do Poder Judiciário no Executivo. [...] O período de afastamento cautelar e o seu termo inicial, contudo, variarão de acordo com o caso concreto e com a intensidade da interferência promovida pelo agente público na instrução processual. Não pode ser extenso a ponto de caracterizar verdadeiramente a perda do mandato eletivo e tampouco pode ser exíguo de modo a permitir a contínua interferência

> do agente público na instrução do processo que contra ele tramita. [...]" (AgRg na SLS 1630 PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2012, DJe 02/10/2012).
>
> "[...] A norma legal, ao permitir o afastamento do agente político de suas funções, objetiva garantir o bom andamento da instrução processual na apuração das irregularidades apontadas, contudo não pode servir de instrumento para invalidar o mandato legitimamente outorgado pelo povo nem deve ocorrer fora das normas e ritos legais. [...]" (AgRg na SL 9 PR, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/10/2004, DJ 26/09/2005, p. 158).

Observa-se que a doutrina especializada sobre o tema é uníssona em apontar a plausibilidade de afastamento cautelar do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, nos moldes do parágrafo único, do art. 20, da Lei nº. 8.429/92:

> [...]
> O art. 20 da Lei de Improbidade dispõe que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória, autorizando em seu parágrafo único, que a autoridade judicial ou administrativa competente determine o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária a instrução processual.
> Em razão da drasticidade das consequências suportadas pelo agente, a regra contida no *caput* do art. 20 busca deixar claro que tanto a suspensão dos direitos políticos quanto a perda da função pública só se materializarão após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que seria até desnecessário uma vez que a presunção de não culpabilidade, constitucionalmente assegurada (art. 5º, LVII, da CF) acompanha os réus, de modo geral, também o agente público, até o esgotamento de todas as vias recursais, inclusive as extraordinárias.
> O parágrafo único, por seu turno, prevê medida tipicamente cautelar, cuja inspiração, ao que parece, remota ao CPP (art.

> 312). Por intermédio do afastamento provisório do agente, busca o legislador fornecer ao juiz um importantíssimo instrumento com vistas à busca da verdade real, garantindo a verossimilhança da instrução processual de modo a evitar que a dolosa atuação do agente, ameaçando testemunhas, destruindo documentos, dificultando a realização de perícias, etc, deturpe ou dificulte a produção dos elementos necessários à formação do convencimento judicial. Busca-se, enfim, propiciar clima de franco e irrestrito acesso ao material probatório, afastando possíveis óbices que a continuidade do agente no exercício do cargo, emprego, função ou mandato eletivo poderia proporcionar. […] (Garcia, Emerson. Alves. Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 8ª ed. - São Paulo, Saraiva, 2014, pág. 1.039).

Acrescentam os doutrinadores acima citados que o mandato político e a "soberania popular" não podem resultar em fundamentos para afastar a incidência dos procedimentos cautelares previstos na legislação de combate à improbidade administrativa.

> Inadmitir o afastamento cautelar dos exercentes de mandato político mesmo quando demonstrada a sua intenção de obstruir a instrução processual seria conceber uma atuação jurisdicional inefetiva, "de segunda classe", o que resultaria em esvaziar, por completo, a cláusula constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e o próprio devido processo legal, tornando impossível, em algumas hipóteses, a tutela do patrimônio público. Seria aniquilar, enfim, o próprio comando contido no art. 37, §4º, da Carta Política.
>
> Os argumentos da "soberania popular" e de que a "escolha do povo", mesmo quando recaia sobre o ímprobo, deve ser respeitada não impressionam, uma vez que aqueles legitimamente escolhidos pela sociedade para o exercício do poder de mando estão jungidos, de forma até mais rigorosa, aos princípios reitores da Administração Pública – mormente os de legalidade e moralidade – cuja violação, por representarem uma dissintonia entre a vontade popular e o exercício do poder, deve deflagrar, pronta e eficazmente, a incidência dos preceitos sancionatórios, o que pressupõe, em algumas hipóteses, o manejo de providências cautelares.

Ressalte que a medida de afastamento revestiu-se de caráter precário e não exauriente, sendo fixado prazo limite – 10 meses – para que o Agravante permaneça afastado de suas funções. Tal lapso temporal restou devidamente indicado e explicitado pelo Magistrado de plano, ciente das dificuldades e obstáculos no seguimento processual, de forma a adequar a medida imposta aos parâmetros da proporcionalidade, razoabilidade e publicidade, corolário dos arts. 7º e 8º, da legislação processual vigente.

Por fim, no que pertine a indisponibilidade dos bens dos demandados na Ação Civil Pública ajuizada pelo Órgão Ministerial deve-se registrar que o Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento através do REsp 1366721/BA, em recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC/73 (novo art. 1.036 do novo CPC) e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ, determinando que a "indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição". Segue o citado precedente:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/1992, QUANTO AO *PERICULUM IN MORA* PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLENDA PRIMEIRA SEÇÃO.
>
> 1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992).
>
> 2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes

fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário.

3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) de que, "(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual 'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do

produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido".

4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013.

5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos.

7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ. (REsp 1366721/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014).

Por todas as razões acima expostas, CONHEÇO do recurso, mas para NEGAR-LHE provimento, mantendo-se integralmente a decisão de primeiro grau, a qual determinou o afastamento do Prefeito do Município de Bela Cruz, Eliésio Rocha Adriano, pelo prazo de 10 meses, bem como mantêm-

se a indisponibilidade de bens do Agravante no patamar de R$ 1.275.426,51 (um milhão, duzentos e setenta e cinco mil, quatrocentos e vinte e seis reais e cinquenta e um centavos), nos exatos moldes da decisão interlocutória prolatada na Ação Civil Pública de nº 0005755-17.2017.8.06.0050.

É como voto.

Fortaleza, 11 de abril de 2018.

PROCESSO: 0630792-50.2017.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTES: R FURLANI ENGENHARIA LTDA, CALDAS & FURLANI ENGENHARIA LTDA - EPP, MACIEL CONSTRUÇÕES E TERRAPLANAGEM LTDA, CORAL - CONSTRUTORA RODOVALHO ALENCAR LTDA, CBC - CONSTRUTORA BATISTA CAVALCANTE LTDA., CONSTRUTORA SAMARIA LTDA E SS&B CONSTRUTORA LTDA
AGRAVADOS: DEPARTAMENTO ESTADUAL DE RODOVIAS - DER E ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO REJEITADAS. MANDADO DE SEGURANÇA. PREJUDICADO O REQUERIMENTO DE ANÁLISE DA LIMINAR EM PLANTÃO JUDICIÁRIO. DESNECESSIDADE DE INDICAÇÃO DO NOME DAS AUTORIDADES COATORAS. LICITAÇÃO PÚBLICA INTERNACIONAL. IRREGULARIDADES NO EDITAL. PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DOS PREÇOS UNITÁRIOS DOS PRODUTOS AO VALOR DE MERCADO E ACRÉSCIMO DO VALOR DO PIS/PASEP E COFINS. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA EM PRIMEIRO GRAU. AUSÊNCIA DO *FUMUS BONI IURIS*. FIXAÇÃO DE PREÇOS. FASE INTERNA DA LICITAÇÃO. PRESUNÇÃO DE VALIDADE. FALTA DE MATERIAL EM SENTIDO CONTRÁRIO. LIMITES DA COGNIÇÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva,

pois as autoridades coatoras subscrevem o edital da Licitação Pública Internacional – LPI nº 20170010/DER/CCC ora impugnado.

2. Afasta-se a prejudicial de ausência de fundamentação da decisão recorrida, pois o Magistrado singular analisou, ainda que sucintamente, as questões de fato e de direito invocadas pelas partes, esboçando a sua conclusão pela ausência dos requisitos necessários para o deferimento da medida liminar.

3. Recurso distribuído após o término do recesso natalino, restando prejudicada a análise da alegada necessidade de apreciação do pleito liminar pelo Plantão Judiciário.

4. A teor do art. 6º da Lei nº 12.016/2009, como o mandado de segurança de origem aponta as autoridades coatoras, é descabida a exigência de indicação dos nomes das pessoas físicas que ocupam aludidos cargos.

5. *In casu*, as agravantes postulam a imediata suspensão da Licitação Pública Internacional – LPI n° 20170010/DER/CCC, com a retificação do edital, com fins de adequação dos preços unitários dos produtos ao valor de mercado e de acréscimo do valor de PIS/PASEP e COFINS, e com a concessão de novo prazo para apresentação das propostas.

6. É cediço que antes de elaborar o edital a Administração Pública realiza a fase interna da licitação, ocasião em que são adotadas as providências indispensáveis para o regular trâmite do procedimento licitatório, notadamente quanto à indicação da necessidade de sua instauração e à

verificação da sua modalidade, do seu objeto, da cotação de preços, dentre outros. Nesse aspecto, considerando que as recorrentes não forneceram a documentação referente a essa fase, limitando-se a coligir, dentre outros documentos, as notas fiscais dos produtos por elas comercializados, carecem os autos de material cognitivo suficiente para averiguar a razoabilidade da pretensão de retificação das disposições editalícias ora impugnadas.
7. Em sede de agravo de instrumento, a apreciação da questão jurídica trazida ao colegiado cinge-se aos pressupostos pertinentes à concessão da tutela jurisdicional liminar, vedando-se a análise de matérias afeitas à decisão final e terminativa a ser proferida pelo juízo *a quo*, sob pena de supressão de instância e prejulgamento da causa.
8. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do recurso e **negar-lhe provimento**, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 14 de maio de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por R Furlani Engenharia Ltda. e outras em face de decisão interlocutória (p. 383-385), proferida pelo Juiz de Direito Plantonista Gustavo Henrique Cardoso Cavalcante, mediante a qual indeferiu a liminar requerida nos autos do mandado de segurança (processo nº 0195812-42.2017.8.06.0001) impetrado

contra o Presidente da Comissão Central de Concorrência – CCC e o Superintendente do Departamento Estadual de Rodovias – DER.

A decisão recorrida observou que a peça exordial do *writ* descumpriu a Resolução nº 10/2013, que dispõe sobre o regime de plantão judiciário, e não identificou as autoridades coatoras, limitando-se a apontar os cargos e órgãos de atuação. Outrossim, superando tais circunstâncias, consignou que "o *mandamus* traz matéria de alta indagação, que enseja vertical apreciação das provas colacionadas pelos impetrantes, os quais não se encontram envoltos pela fumaça do bom direito na medida em que pretendem que as objetivas normas editalícias da LPI – n. 20170010/DER/CCC sejam adequadas à sua própria interpretação e a concessão de novo prazo para oferecimento das respectivas propostas" (p. 384).

Nas suas razões recursais (p. 01-14), as agravantes aduzem, em síntese:

a) a necessidade de apreciação do pleito liminar pelo plantão judiciário, haja vista que a demanda trata de eventuais irregularidades no edital da Licitação Pública Internacional – LPI nº 20170010/DER/CCC, e que o prazo para apresentação de propostas termina no dia 10.01.2017;

b) ser despicienda a indicação dos nomes das autoridades coatoras;

c) a falta de motivação da decisão objurgada, que utilizou-se de conceitos jurídicos indeterminados (art. 489, § 1º, II, do CPC) para indeferir a medida de urgência;

d) a aplicação da teoria da causa madura ao agravo de instrumento para analisar os vícios arguidos no edital da licitação, haja vista que este prevê preço unitário inferior ao valor de mercado e ao preço de custo, e não adiciona os valores referentes a PIS/PASEP e COFINS, em afronta ao disposto no art. 7º, §§ 2º, 4º e 6º, da Lei nº 8.666/1993; e

e) estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pois "o vício do edital macula todo procedimento licitatório bem como prejudica a todos os licitantes que vierem a participar do certame de modo que é imprescindível a correção do edital antes do prazo limite para a apresentação das propostas que vence no dia 10.01.2018, às 09:00 horas" (p. 12).

Ao final, roga pelo deferimento de tutela recursal, nestes termos:

> [...] para determinar que a autoridade coatora, em decorrência da relevância da fundamentação, proceda com a SUSPENSÃO da LPI n°. 20170010/DER/CCC e com a RETIFICAÇÃO do edital, com a CONCESSÃO de NOVO PRAZO para apresentação das propostas, por encontrar-se eivado de vícios nos itens 9.1 e 9.2 do Lote 01 e dos itens 1.8.2.2; 1.8.3.2 e 1.8.4.2 do Lote 02, afim de que os valores unitários desses produtos sejam adequados ao valor de mercado, acrescido ao preço o valor da PIS/PASEP e COFINS, conforme notas fiscais em anexo adequando o valor dos preços com a composição unitária de todos os custos nos termos do art. 7°, §2°, §4° e § 6° da Lei n°. 8.666/1993, bem como compatibilizar a Tabela de Quantidades com o que determina a Cláusula 14 e Subitem 14.3 do edital, devendo portanto ocorrer a retificação do edital antes da data limite para apresentação das propostas que vence no dia 10/01/2018, às 09:00 horas, caso a análise da tutela ocorra após a data limite, requer desde já a suspensão da licitação, devendo ainda ser suspenso/cancelado a realização de qualquer contrato oriundo da presente licitação com o edital viciado, obrigando-se ser desconsiderada as propostas apresentadas, retificado o edital com a concessão de novo prazo para apresentação das propostas de acordo com o novo preço estipulado para os itens 9.1 e 9.2 do Lote 01 e dos itens 1.8.2.2; 1.8.3.2 e 1.8.4.2 do Lote 02 da Planilha de Quantidade, desta vez de acordo com o valor de mercado e com todos os encargos incluído, dentre os quais PIS/PASEP e COFINS.[sic] (p. 13)

Preparo recolhido às p. 15-16.

Juntada ao recurso a documentação de págs. 17-387.

Recurso protocolado em 28.12.2017 (p. 389) e distribuído por sorteio no âmbito da 1ª Câmara de Direito Público em 09.01.2018 (p. 391).

Tutela antecipada recursal indeferida às p. 392-397.

Contrarrazões do Estado do Ceará às p. 404-412, nas quais alega: a) o cumprimento dos princípios administrativos norteadores das

licitações públicas; b) "que várias empresas participaram da sessão pública de recebimento das propostas do presente certame, ocorrida em 10/01/2018, inclusive as impetrantes, o que demonstra a plausibilidade dos termos editalícios, mormente os preços constantes da Planilha de Quantidades, que descreve os materiais que compõem os serviços" (p. 410); e c) que "os preços informados na planilha apenas seguiram o que determina a Portaria nº 116/2014, expedida pelo Secretário da Infraestrutura do Estado do Ceará" (p. 411), que, por sua vez, remete-se à tabela de valores indicados pela Agência Nacional do Petróleo – ANP.

Contrarrazões do DER às p. 416-428, nas quais sustenta: a) a ilegitimidade passiva do DER; b) a legalidade do ato impugnado.

O representante do Ministério Público, em parecer de p. 433-435, opinou pelo desprovimento do agravo.

É o relato.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Volta-se a insurgência recursal contra decisão interlocutória (p. 383-385), proferida pelo Juiz de Direito Plantonista, que indeferiu a liminar sob o argumento de que: a) não é possível a análise do pedido de urgência no Plantão Judiciário ante o descumprimento da Resolução nº 10/2013; b) não houve a identificação das autoridades coatoras; e c) "o *mandamus* traz matéria de alta indagação, que enseja vertical apreciação das provas colacionadas pelos impetrantes, os quais não se encontram envoltos pela fumaça do bom direito na medida em que pretendem que as objetivas normas editalícias da LPI – n. 20170010/DER/CCC sejam adequadas à sua própria interpretação e a concessão de novo prazo para oferecimento das respectivas propostas" (p. 384).

Em suas razões recursais, as agravantes aduzem: a) a possibilidade de apreciação do pleito liminar no Plantão Judiciário; b) ser desnecessária a indicação dos nomes das autoridades; c) a falta de fundamentação; d) a aplicação da teoria da causa madura ao agravo; e e) a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Pois bem.

Ab initio, impende afastar a preliminar de ilegitimidade passiva arguida em sede de contrarrazões (p. 416-428).

Com efeito, nos termos do art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.016/2009, "considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática".

Nesse contexto, considerando que o mandado de segurança de origem (processo nº 0195812-42.2017.8.06.0001) volta-se contra as disposições do edital da Licitação Pública Internacional – LPI nº 20170010/DER/CCC, e que este instrumento é assinado pelas autoridades coatoras indicadas na inicial do *writ*, evidencia-se a legitimidade passiva do Presidente da Comissão Central de Concorrência – CCC e do Superintendente do Departamento Estadual de Rodovias – DER.

Ademais, cumpre rejeitar a preliminar suscitada pelas agravantes de ausência de fundamentação da decisão recorrida, pois o Magistrado singular analisou, ainda que sucintamente, as questões de fato e de direito invocadas pelas partes, esboçando a sua conclusão pela ausência dos requisitos necessários para o deferimento da medida liminar.

Rejeito, pois, as prejudiciais e passo à análise do recurso.

Como destaquei ao negar a antecipação da tutela recursal, este agravo apenas foi distribuído após o término do recesso natalino, apesar de ter sido protocolado em 28.12.2017, tornando-se, por óbvio, despicienda a análise da alegada necessidade de apreciação do pleito liminar pelo Plantão Judiciário.

Outrossim, a teor do art. 6º da Lei nº 12.016/2009, segundo o qual a petição inicial do *writ* deve indicar a autoridade coatora e a pessoa jurídica a ela vinculada, o mandado de segurança de origem apresenta como autoridades coatoras o Presidente da Comissão Central de Concorrência – CCC e o Superintendente do Departamento Estadual de Rodovias – DER (petição de p. 17-32), sendo irrelevante, portanto, para a apreciação da questão posta em juízo a indicação dos nomes das pessoas físicas que ocupam aludidos cargos.

Nessa toada:

> […] **3 - Não é mister a indicação, para a aptidão da inicial de mandado de segurança, do nome da pessoa física que ocupa o cargo indicado como da autoridade coatora.** (TJMG - Apelação Cível 1.0433.12.032410-1/002, Relator(a): Des.(a) Sandra Fonseca , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/11/2013, publicação da súmula em 10/12/2013)

No que pertine à medida liminar, em juízo de cognição sumária, não evidencio a pertinência jurídica do pedido.

In casu, as agravantes postulam a imediata suspensão da Licitação Pública Internacional – LPI n° 20170010/DER/CCC, com a retificação do edital, notadamente quanto aos itens 9.1 e 9.2 do Lote 01 e aos itens 1.8.2.2; 1.8.3.2 e 1.8.4.2 do Lote 02, "a fim de que os valores unitários desses produtos sejam adequados ao valor de mercado, acrescido ao preço o valor da PIS/PASEP e COFINS" (p. 13), e concessão de novo prazo para apresentação das propostas.

De fato, antes de elaborar o edital, a Administração Pública procede a fase interna da licitação, ocasião em que são adotadas as providências indispensáveis para o regular trâmite do procedimento licitatório, notadamente quanto à indicação da necessidade de sua instauração e à verificação da sua modalidade, do seu objeto, da cotação de preços, dentre outros.

Nesse aspecto, considerando que a fixação de preços unitários e global no edital é realizada durante a fase interna da licitação, através de pesquisa estimada dos valores de mercado, e que as recorrentes não forneceram a documentação referente a esse levantamento, limitando-se a coligir, dentre outros documentos, as notas fiscais dos produtos comercializados, entendo que carecem os autos de material cognitivo suficiente para averiguar a razoabilidade da pretensão de retificação das disposições editalícias no tocante aos preços unitários dos produtos, por serem supostamente inferiores ao valor de mercado.

Corroborando com a essa conclusão, transcreve-se a informação prestada pelo Estado do Ceará em sede de contrarrazões, segundo o qual

"várias empresas participaram da sessão pública de recebimento das propostas do presente certame, ocorrida em 10/01/2018, inclusive as impetrantes, o que demonstra a plausibilidade dos termos editalícios, mormente os preços constantes da Planilha de Quantidades, que descreve os materiais que compõem os serviços" (p. 410).

Soma-se a isso, como esclarece o DER, o fato de que os preços fixados no edital encontram respaldo em decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará – TCE, "nos autos do Processo Nº 01569/2014-7, através dos Certificados nº 007/2014 e 0020/2014 (DOCS.02/03) que determinou ao Estado e em especial a este Departamento Estadual de Rodovias - DER que 'utilize como teto nos orçamentos de obras que contenham materiais betuminosos os valores disponibilizados pela ANP no seu sítio da Internet, acrescidos da alíquota de ICMS devida e BDI de 15%' " (p. 419), cuja análise, por estar vinculada ao *meritum causae*, é incompatível com a via estreita do agravo de instrumento.

Destarte, caso fosse de logo apreciada a suscitação recursal atinente à necessidade de retificação dos itens editalícios ora combatidos, o que não foi esmiuçadamente examinado pelo Juízo *a quo*, estariam configurados a supressão de instância e o prejulgamento por parte desta Corte estadual do mérito do *writ*, situação vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Sob tais fundamentos, **nego** provimento ao agravo.

É como voto.

AGRAVO INTERNO

PROCESSO Nº 0457040.33.2000.8.06.0000/50007
AGRAVANTES: MARGARETH MARIA SOUZA BARROS E OUTRO
AGRAVADOS: ILO CAVALCANTE DE AGUIAR E LEILIANE MARIA FARIAS LEITE DE ALBUQUERQUE
RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRAS MENDES
PEDIDO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. SOLICITAÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. TRÂNSITO EM JULGADO. ISENÇÃO DE SUCUMBÊNCIA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULAS 512/STJ E 105/STF). DIFERENÇA ENTRE HONORÁRIOS SUCUMBÊNCIAS E HONORÁRIOS DEVIDOS POR AVENÇA. INEXISTÊNCIA DE CONTRATO ESCRITO. CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO POR UMA DAS PARTES E RECALCITRÂNCIA DE PAGAMENTO PELA INVENTARIANTE DO ESPÓLIO DA PARTE FALECIDA. IMPOSSIBILIDADE EM TAL SEDE DE EMISSÃO DE COMANDO CONDENATÓRIO CONTRA O ESPÓLIO DEVEDOR. FALTA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NÃO SUPRIDA PELO SILÊNCIO DA PARTE DEVEDORA EMPÓS NOTIFICAÇÃO. COMPETÊNCIA RESTRITA DO ÓRGÃO ESPECIAL. PRECEDENTE PARADIGMA DO TJCE.
RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima relacionadas, acordam os Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, para, no entanto, negar-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Relator.

12 de julho de 2018.

RELATÓRIO

Cogita-se de suplicação de arbitramento de honorário, defluente das petições formuladas pelos causídicos MARGARETH MARIA SOUSA BARROS e ALOÍSIO BARBOSA DE CARVALHO NETO, nos autos de nº (PROCESSO Nº 0457040.33.2000.8.06.0000), com procuratório outorgado por ILO CAVALCANTE DE AGUIAR e FRANCISCO LEITE DE ALBUQUERQUE JÚNIOR.

Em resumo, os autores (impetrantes) da ação mandamental supra epigrafada, que empós tramitação viu-se alcançada pela "***res judicata"*** e em razão da vitória dos impetrantes, foi materializada com verbas sucumbenciais em precatório em favor dos autores.

Em verdade, consoante narrativa dos advogados peticionantes, o primeiro impetrante ILO CAVALCANTE DE AGUIAR pagou os honorários acordados e devidos, obtendo quitação plena, o que não veio a ocorrer com o segundo impetrante FRANCISCO LEITE DE ALBUQUERQUE JÚNIOR, em razão do falecimento deste ao final da lide.

Em virtude do perecimento da parte, não receberam seus honorários, daí a postulação de arbitramento de verba honorarial, com a fixação de 20% de vantagem pecuniária, conferida em prol dos subscritores.

O Ministério Público, instado a se manifestar às fls. 556, não vislumbrou interesse público para intervir no feito (fls. 559/563).

Da decisão denegatória de arbitramento nos próprios autos de Mandado de Segurança, foi tirado o pedido de reconsideração/agravo interno,

tendo sido rejeitado o pedido reconsiderativo (fl. 504/505) e ordenada a formação de agravo interno.

Formalizada a inconformação, segui-se intimação do Sr. Ilo Cavalcante de Aguiar, tendo o Espólio representado pela viúva comparecido aos autos e acostado o recibo de pagamento de honorários no valor de R$ 44.745,10 (quarenta e quatro mi, setecentos e quarenta e cinco reais e dez centavos), pagos em prol dos causídicos suplicantes (fl. 601/602 dos autos físicos e 764/765 dos autos eletrônicos).

Em sequência, restou intimada a inventariante do espólio de Francisco Leite Albuquerque Júnior, para cientificação daquela pretensão alvitrada, tendo o inventariante, por seu procurador judicial, postulado a reabertura do prazo para manifestação.

Deferida a súplica, entretanto restou silente no prazo assinalado.

Tendo os causídicos postulantes solicitados o julgamento do agravo interno, ratificando o pedido de fixação de honorários em 20% em seu prol.

É o relatório no essencial.

Peço data para julgamento.

Fortaleza, 18 de junho de 2018

VOTO

Conheço do recurso porque reunidos todos os requisitos legais.

Ao meu convencimento, fica mantida a decisão recorrida e prevalecente seu capítulo já exarado e objeto do presente agravo interno.

Impende dizer que, na espécie de Mandado de Segurança, não se encontra prevista condenação de honorários para efeitos sucumbenciais (Súmulas 512 e 105), respectivamente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que inexiste, nos autos, avença pactuada pelas partes, assim, sem documentação contratual, torna-se impossível a fixação de percentual da verba honorária que deveria ter sido paga.

O falecido FRANCISCO LEITE DE ALBUQUERQUE JÚNIOR deixou herdeiros e sucessores (fls. 404 e 418), inclusive já tramitante o seu inventário e partilha, conjuntamente com a sucessão de sua mulher TERESINHA MARIA LEITE DE ALBUQUERQUE.

Desta sorte, inexistindo documento probatório firmado pelo impetrado falecido, e tão somente uma efetiva prestação de serviços profissionais, o débito recai em obrigação do Espólio e não em débito do Estado via precatorial, presumindo-se obrigação da herança suportar o débito, sob pena de enriquecimento ilícito.

O arbitramento tem-se impossível pela eventual imposição do valor apurado como débito a ser solvido pelo conjunto de herdeiros e sucessores, suportado pelo espólio, já que se trata de negócio jurídico privado entre partes, sem prova documental, daí a impossibilidade cogencial neste feito de determinação de reserva de valor integrante do respectivo precatório.

Em feito cuidante da mesma matéria, assim decidiu o Órgão Especial desta Corte:

> Agravo Regimental nº 00087749-19.8.06.0000/50003: AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PRECATÓRIO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. EXPURGO DA VERBA REQUISITADA. NÃO HOUVE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. SÚMULA 453 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACORDO FIRMADO NÃO ALCANÇA OS ATUAIS CREDORES. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
> 1. Nos termos da Súmula 453/STJ, caso não haja previsão quanto à verba honorária transitada em julgado, esta não pode ser cobrada em execução ou ação própria.
> 2. O pacto quanto aos honorários firmados em audiência com ente devedor, em sede de precatório, só se referiu ao percentual do crédito de alguns dos credores desta requisição judicial de pagamento.
> 3. Recurso conhecido mas negado provimento.

Mais incisiva a SÚMULA 453 do STJ, assim rezante: "Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria.",

Em outro capítulo, que adito à decisão agravada, faço esclarecer que não se podem confundir os honorários advocatícios contratuais com os honorários decorrentes de sucumbência, e, por mais que o espírito e a consciência do julgador já tenha anunciado o princípio jurídico de que o Direito não contempla o benefício de enriquecimento ilícito ou sem causa, ou do locupletamento, o que já foi expressado na decisão recorrida, tal estado de espírito não é suficiente para embasar decisão que possa deferir a súplica aforada.

De acordo com precedente dos órgão fracionários desta Corte, encontramos um acórdão Lavrado pela 3ª Câmara de Direito Privado, que calha à fiveleta com o tema ora enfrentado, sob relatoria da Desembargadora Lira Ramos de Oliveira:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. EXTINÇÃO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PELA SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO. REQUERIMENTO DE EXECUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS NOS MESMOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. DISSONÂNCIA ENTRE AS PARTES ACERCA DO MONTANTE DEVIDO. VALOR ILÍQUIDO. AUSÊNCIA DE EXECUTABILIDADE. NECESSÁRIA AÇÃO AUTÔNOMA PARA PROCESSAMENTO DO FEITO. ENTENDIMENTO DO STJ. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
>
> 1.Cinge-se a controvérsia no acerto ou desacerto da sentença que rejeitou o pedido de prosseguimento da ação de execução para satisfação dos honorários contratuais do advogado do credor, por considerar a referida obrigação como ilíquida e que caberia ao patrono pleitear seu crédito em ação própria.
>
> 2. Os honorários advocatícios contratuais, firmados exclusivamente entre as partes contratantes, podem ser considerados títulos executivos extrajudiciais, desde que revestidos de obrigação certa, líquida e exigível, na forma do art. 783 c/c 784, incisos III e XII, ambos do CPC/15 c/c art. 24, do Estatuto da Advocacia e da OAB.

> 3. Ocorre que são considerados como ilíquidos os honorários advocatícios contratuais em que há dissonância entre a parte contratante e o advogado contratado acerca do valor devido, não podendo serem considerados como título executivo extrajudicial, faltando-lhe, portanto, executabilidade, devendo o interessado ajuizar ação própria para a satisfação da dívida.
> 4. Não se pode confundir os horários advocatícios contratuais com os decorrentes de sucumbência fixados em sentença e devidos pela parte sucumbente, do qual tem o advogado legitimidade para pleitear a execução forçada nos próprios autos em que atuou, na forma do art. 23 da Lei 8.906/94; entretanto, não se estende a referida norma aos casos de obrigações contratuais, que devem ser promovidas por vias próprias, inclusive, se for o caso, a da execução baseada em título executivo extrajudicial.
> 5. Desta forma, conclui-se que não pode o credor se valer da fase de execução para obter a tutela pretendida, em razão de portar título executivo ilíquido, cabendo ao advogado pleitear seu crédito em via apropriada, na forma da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
> 6. Recurso conhecido e não provido.
> ACÓRDÃO: Vistos, discutidos e relatados os presentes autos, em que são partes as pessoas acima indicadas, acorda a 3ª Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora. DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA Relatora (Relator (a): LIRA RAMOS DE OLIVEIRA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Vara Cível; Data do julgamento: 06/06/2018; Data de registro: 06/06/2018)

Não se tem por razoável a argumentação de que o acórdão paradigma citado não se adequa à circunstância fática do presente pleito, pois o módulo decisório é o mesmo, e, segundo a lição de Antônio Augusto Tibúrcio, em sua obra Interpretação das Decisões Judiciais – Particularidades, Critérios e Instrumentos, a adequação é modulável:

Porém, o precedente não existe apenas para um caso absolutamente idêntico a outro, até porque os dois casos nunca seriam

exatamente iguais. É importante apurar, na realidade, se existe uma *identidade essencial* entre as hipóteses. Quanto maior a identidade entre os casos, maior a força do precedente ou, ao menos, mais provável a sua incidência perante o segundo caso. Mesmo sem uma absoluta similitude fática, se houver uma semelhança suficiente, ou seja, quanto aos *fatos essenciais*, o precedente deve ser aplicado. Essa análise acerca da semelhança é contextual, pois depende da sociedade e do sistema jurídico, Em um tempo e lugar, pode-se entender que dois casos são muito diferentes, enquanto em outro contexto qualquer distinção entre eles seria absurda. (p.65)

De outra sorte, se acolhido a pretensão dos causídicos agravantes, estaríamos emitindo um comando cogente de alta indagação, obrigando o espólio de FRANCISCO LEITE DE ALBUQUERQUE JÚNIOR a pagar em seus favores quantia correspondente a 20% da vantagem econômica auferida pelo autor no Mandado de Segurança, valor igual ao já pago pelo espólio de Ilo Cavalcante, ou seja R$ 44.745,10 (quarenta e quatro mi, setecentos e quarenta e cinco reais e dez centavos), sem que respeitado o devido processo legal, não podendo se valer o silêncio do referido espólio como de aceitação tácita do pagamento, nem tampouco determinar ao setor de precatório a formação de precatório isolado em favor dos recorrentes.

Ao mais que tudo, não é outorgado ao espólio o foro privilegiado, que é o apanágio do Órgão Especial. (Art. 13 do RITJCE).

De tudo atento à lição de Mauro Campbell Marques, citando Perelman (PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 210-211) em seu artigo Hermenêutica: Coerência e Integridade Como Vetores Interpretativos no Discurso Jurídicos *in* Hermenêutica e Jurisprudência no Código de Processo Civil – Coerência e Integridade, Coletânia organizada por Lenio Luiz Streck, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite, Editora SaraivaJus, p. 188 e 189:

> De acordo com Perelman, **o raciocínio jurídico manifesta-se, por excelência, no processo judiciário.** De fato, o papel específico dos juízes é dizer o direito – e não criar – embora frequentemente a obrigação de julgar, imposta ao juiz, leve-o a completar a lei, a reinterpretá-la e a torná-la mais flexível.

> Desde a Revolução Francesa, no direito continental, o juiz também tem a obrigação de motivar. O estudo dessas técnicas de motivação é que permite discernir o raciocínio judiciário nos diferentes ramos do direito, bem como também nas diversas instâncias hierarquicamente organizadas.
> Os resultados da análise da motivação serão diferentes conforme a ideia que se tiver do direito e do papel do juiz em relação ao legislador, concepções que vimos virarem muito, conforme as épocas; aliás, podem variar numa mesma época nos diversos sistemas de direito. Assim é que em nossa época, na Europa ocidental, ao contrário do que sucede no direito dos Estados socialistas, a importância e a independência do judiciário aumentaram consideravelmente, o que tende a aproximá-lo cada vez mais da concepção anglo-americana.

Diante do exposto, conheço da presente inconformação e nego provimento ao agravo interno, mantendo íntegra a decisão agravada, devendo os autos acobertados pelo efeito do trânsito em julgado da sentença mandamental de nº 0457040-33.2000.8.06/50007 permanecerem em seu *status* jurídico, devendo as partes, querendo, pelas vias ordinárias, pleitearem, em juízo próprio, o reconhecimento de seu direito, tendo em vista estarem abonados pela prova adminicular da prestação de seu serviço e do êxito prestativo, além do fato do outro autor da segurança ter quitado os honorários devidos.

É como voto.

Fortaleza, 12 de julho de 2018.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

PROCESSO: 0000243-79.2012.8.06.0195 APELAÇÃO
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO: FRANCISCO EDSON SIMPLÍCIO CARDOSO
RELATORA: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. RÉU PRONUNCIADO COMO INCURSO NAS TENAZES DO ART. 121, § 2º, I E IV, NA FORMA DO ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, C/C O ART. 7º, DA LEI Nº 11.340/2006. DECISÃO POPULAR DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA LESÃO CORPORAL GRAVE (ART. 129, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO MINISTERIAL. PLEITO DE NOVO JÚRI. ART. 593, INCISO III, "D", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROCEDÊNCIA. VEREDITO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA EM CRIMES DA ESPÉCIE. PROVA DOCUMENTAL QUE APONTA PARA A EXISTÊNCIA DE *ANIMUS NECANDI*. RÉU JÁ CONDENADO POR AGRESSÃO ANTERIOR CONTRA A MESMA OFENDIDA. Recurso conhecido e provido, para se determinar a submissão do recorrido a novo júri, nos termos em que pronunciado.

1. Conforme já decidiu o STJ: "A anulação da decisão absolutória do Conselho de Sentença, manifestamente contrária à prova dos autos, pelo Tribunal de Justiça, por ocasião do exame do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público (art. 593, III, 'd', do Código de Processo

Penal), não viola a soberania dos veredictos." (STJ, HC 323.409/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018).

2. Na hipótese, mesmo reconhecendo a autoria e a materialidade delitiva, e, assim, deixando de acolher a tese defensiva de legítima defesa, o Júri houve bem prolatar veredito desclassificatório, agindo, assim, em total discrepância com a prova dos autos, em especial com o depoimento da vítima, cuja relevância é de ser reconhecida em crimes como os da espécie, cometido às ocultas. Precedentes.

3. Ademais, a quantidade de lesões detectadas tanto por ocasião do atendimento médico à ofendida, como durante a realização do exame pericial – constando feridas típicas de defesa no braço, ombro e dedo, além de escoriações na face, em região cervical anterior e ferida corto-contusa com fratura localizada na crista ilíaca – denota a agressividade do agente, não se compatibilizando nem com a moderação inerente à legítima defesa, nem com o simples *animus laedendi*, mormente se considerado o intenso potencial lesivo do instrumento utilizado durante o *iter criminis*: uma foice.

4. Com efeito, a versão defendida pelo acusado, tanto em sede inquisitorial, quanto em Juízo – no sentido de que agredira a vítima apenas no momento em que tomou-lhe a foice – não se coaduna com a prova pericial coligida aos autos, sendo pouco crível que precisasse agir com

tamanha impetuosidade, a fim de alcançar o simples desiderato de desarmar a então companheira.
5. Demais disso, o comportamento violento do réu com relação à ex-companheira foi noticiado por populares ao policial que encetou as primeiras diligências, revelando-se, outrossim, através, das certidões de antecedentes criminais daquele, dentre as quais se inclui condenação anterior por delito previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, contra a mesma.
6. Recurso conhecido e provido, para se determinar a submissão do recorrido a novo júri, nos termos em que pronunciado.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos, nº 0000243-79.2012.8.06.0195, em que foi interposto recurso de apelação pelo Ministério Público, contra veredito popular pelo qual foi desclassificada a conduta atribuída ao acusado Francisco Edson Simplício Cardoso.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do apelo, para conceder-lhe provimento, determinando a submissão do recorrido a novo júri, nos termos em que pronunciado, tudo conforme voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 01 de agosto de 2018.

RELATÓRIO

O Ministério Público denunciou FRANCISCO EDSON SIMPLÍCIO CARDOSO, pela prática de conduta delitiva tipificada no art. 121, c/c o art. 14, II, do Código Penal Brasileiro, praticada contra sua então

companheira, Ana Kátia de Arruda Teixeira, no interior do domicílio do casal, aos 14 de maio de 2011.

Está narrado na denúncia (fls. 02/04) que o acusado e a vítima mantinham um relacionamento conturbado há aproximadamente cinco anos, tendo aquele adentrado o imóvel aonde residiam, armado de uma foice, com a qual investiu contra a vítima, lesionando-lhe em várias partes do corpo, inclusive braços e mãos, não alcançando o intento homicida, em função da destreza da ofendida, que, de forma ágil, conseguiu se desvencilhar do ataque.

Às fls. 89/95 – depois de praticados os atos procedimentais de praxe (fls. 43, 48, 50, 57, 59), inclusive audiência para inquirição da vítima (fl. 81) e das testemunhas ministeriais (fls. 73/76) – foi ajuizado aditamento à exordial delatória, através do qual pugnou o *Parquet* pela inclusão das qualificadoras previstas no art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, atribuindo-se, por fim, ao recorrido, conduta delitiva tipificada no art. 121, § 2º, I e IV, na forma do art. 14, II, do Código Penal, c/c o art. 7º, da Lei nº 11.340/2006.

Assegurado o contraditório e a ampla defesa, com a realização de nova citação do acusado (fl. 100), o qual apresentou resposta às fls. 101/103, seguindo-se ato processual em que inquirida testemunha defensiva e colhido o interrogatório devido (fls. 117/120).

Dito isso, atendendo ao princípio da efetividade e com o desígnio de conferir maior celeridade ao feito, adoto o detalhamento exposto no relatório constante na decisão de pronúncia (fls. 163/166), passando a complementá-lo a partir de então, sem prejuízo de uma análise criteriosa no que tange à adequação do procedimento às disposições do Código de Processo Penal pátrio.

Nos termos da decisão pronunciatória, o acusado foi submetido ao Tribunal do Júri como incurso nas tenazes do art. 121, § 2º, I e IV, na forma do art. 14, II, do Código Penal, c/c o art. 7º, da Lei nº 11.340/2006, oportunidade em que o Magistrado primevo, utilizando-se de linguagem técnica e comedida, entendeu haver indícios de autoria e prova de materialidade delitiva, inclusive no que concerne às qualificadoras do motivo torpe e do uso de recurso que dificultou a defesa da vítima.

Sessão do Júri regularmente instalada e com trâmite normal (fls. 213/258), tendo sido novamente ouvida a vítima (fls. 237/240), três outras

testemunhas de Defesa (fls. 231/232, 233/234 e 235/236), além de realizado novo interrogatório (fls. 241/244), oportunidade em que o réu confirmou a tese de legítima defesa.

Submetidos os quesitos judiciais ao Conselho de Sentença (fls. 256/257), decidiu o Tribunal Popular, por maioria, pela desclassificação do delito para lesão corporal grave (fls. 247/248).

Sentença (fls. 6260/263) pela qual, com base na decisão soberana do Júri, foi ao réu aplicada a pena definitiva de 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dias) de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, porquanto constatada a reincidência, bem como em razão do *quantum* remanescente após efetivada a detração, ou seja, 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão.

Inconformado, o Ministério Público, com esteio no art. 593, inciso III, "d", do Código de Processo Penal, manifestou, tempestivamente, o interesse de recorrer da sentença (fl. 265), apresentando suas razões às fls. 271/292, momento em que requereu o provimento do recurso, a fim de que seja o apelado submetido a novo julgamento pelo Colegiado Popular, sob o argumento de que o veredito inicial foi prolatado em dissonância com o arcabouço probatório constante dos autos.

Contrarrazões recursais acostadas à fl. 300, no bojo das quais requereu a Defesa que fosse conhecido o recurso, para se lhe negar provimento, mantendo-se incólume a decisão vergastada.

Encaminhados os autos a esta Corte de Justiça, foram com vistas à Procuradoria Geral de Justiça, que, em parecer de fls. 312/316, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do apelo, "devendo ser cassado o veredicto popular, para que o réu seja submetido a novo julgamento".

É o breve relato.

VOTO

Ab initio, declaro conhecer do recurso interposto, eis que obedecidos os requisitos de sua admissibilidade.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público contra veredito popular (fls. 247/248), pelo qual teve o recorrido, Francisco Edson Simplício Cardoso, a conduta delitiva desclassificada para o tipo penal descrito no art. 129, § 1º, I, do Código Penal Brasileiro, esta cometida contra a sua então companheira Ana Kátia de Arruda Teixeira, na noite do dia 14/05/2011.

Compulsando os autos, verifico que a apelação em apreço merece provimento, pelos motivos que passo a expender.

Concluída a instrução criminal, restou amealhado arcabouço probatório suficiente à submissão do acusado a Júri pelo delito de homicídio duplamente qualificado tentado, cuja materialidade se encontra devidamente comprovada através dos documentos médicos de fl. 14 e do laudo de fl. 22, cujos teores demonstram que o corpo da ofendida apresentava ferida cortante na base do primeiro quirodáctilo esquerdo, ferida cortante em antebraço esquerdo medindo cerca de 3 cm, múltiplas escoriações lineares em face e região cervical anterior, braço direito e ombro direito, além de lesão corto-contusa pélvica com fratura local.

No que concerne à autoria delitiva, salta aos olhos que, mesmo reconhecendo a responsabilidade do apelante, o Conselho de Sentença houve por bem desclassificar-lhe a conduta para lesão corporal grave (fls. 247/248), atuando, assim, por não reconhecer a existência de *animus necandi*, o que vai de encontro ao arcabouço probatório constante dos autos.

Deveras, salta aos olhos a quantidade de lesões enumeradas tanto por ocasião do atendimento médico à ofendida (fl. 14), como durante a realização do exame pericial (fl. 22), verificando-se que além de feridas típicas de defesa no braço, ombro e dedo, aquela também apresentava escoriações na face, em região cervical anterior, além de ferida corto-contusa com fratura localizada na crista ilíaca, contexto fático que denota a agressividade do agente, não se compatibilizando nem com a moderação inerente à legítima defesa, nem com o simples *animus laedendi*, mormente se considerado o intenso potencial lesivo do instrumento utilizado durante o *iter criminis*: uma foice.

Aliás, a versão defendida pelo acusado, tanto em sede inquisitorial (fls. 23/24) quanto em Juízo (fls. 119/120 e 241/244) – no sentido de que

agredira a vítima apenas no momento em que tomou-lhe a foice – não se coaduna com a prova pericial coligida aos autos, sendo pouco crível que precisasse agir com tamanha impetuosidade, a fim de alcançar o simples desiderato de desarmar a então companheira.

Colho, a seguir, excerto dos interrogatórios realizados durante a *persecutio criminis,* dos quais se depreende a nítida intenção do agente em desqualificar a ofendida, atribuindo-lhe ciúme excessivo, na mesma medida em que tenta transmitir uma imagem mais equilibrada na relação, ponto em que apresenta divergências claras inclusive com as demais provas documentais acostadas aos autos, dentre as quais suas certidões de antecedentes, onde há registro de condenação anterior por delito previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal (fl. 130):

> **Excerto do interrogatório policial de FRANCISCO EDSON SIMPLÍCIO CARDOSO (fls. 23/24):** "[...] Que, quando retornou à noite, empurrou a porta, e surpreendeu ANA KÁTIA sentada na cama junto com o vizinho, sendo que não sabe dizer o nome deste vizinho. Que, afirma, que ela estava embriagada. Que, ela que pegou a foice, sendo que agindo em defesa própria, tomou a foice dela. Que, o tal vizinho correu do local. Que, ficou alterado e disse uns palavrões com ANA KÁTIA. Que, acredita que a lesionou na hora que tomou a foice dela. Que, não correu atrás de ANA KÁTIA. Que, afirma ainda o interrogado: 'EU NÃO ARROMBEI A PORTA, NEM QUEBREI MESA, NEM DANIFIQUEI PAREDE OU QUEBREI OBJETOS, ISSO FOI QUE FIZERAM PARA ME INCRIMINAR'. Que, afirma ainda: 'EU PEGUEI O MEU SOM E FUI PRA CASA DA MINHA MÃE'. Que, nega que tivesse intenção de matar ANA KÁTIA, mas que ficou alterado por tê-la visto 'trancada com um cara'." (*sic*).
>
> **Excerto do interrogatório judicial de FRANCISCO EDSON SIMPLÍCIO CARDOSO (fls. 119/120):** "[...] que quando chegou ouviu umas vozes dentro da casa da vítima; que empurrou a porta que estava apenas encostada e lá dentro estava a vítima e o primo dela, conhecido por Toinho; que

quando a vítima viu que o interrogando ia entrando armou-se com a foice que encontrava-se no canto da parede; que a vítima partiu para cima do interrogando e o interrogando pelejou para tirar a foice dela; que o interrogando conseguiu tomar a foice da vítima; que a vítima então saiu correndo de dentro de casa; que o primo da vítima Toinho saiu correndo de dentro da casa assim que o interrogando entrou, ou seja, antes de começar a confusão; que o interrogando saiu lesionado apenas com uns arranhões no dedo da mão; que na hora não viu se a vítima tinha sido lesionada; que não deu nenhuma foiçada na vítima e supõe que ela se feriu quando interrogando tentou tirar a foice dela; que antes deste fato nunca lesionou a vítima; que como casal já tinham tido discussões antes dos fatos; [...]; que a casa que onde ocorreram os fatos só tinha uma entrada, ou seja, uma única porta que servia para entrada e saída, não tendo janelas; [...]; que moravam outros parentes da vítima, vizinhos cerca de 6 metros da casa onde ocorreram os fatos; que usa óculos de grau muito forte, achando que em torno de 16 a 17 graus, e sem eles tem dificuldade para enxergar objetos e pessoas; que no dia dos fatos os óculos e o chinelo do interrogando caíram na hora da confusão, ficando lá; que após a vítima sair correndo de dentro de casa o interrogando foi para o terreiro da casa e passou a cortar uma tosseira de bananeira, mas não fez isto com a intenção de perseguir ou encontrar a vítima; que abandonou a foice no local; [...]; que nessa época não morava ninguém na casa da mãe da vítima, pois esta ainda estava em construção; que o Toinho primo da vítima tem cerca de 21 anos de idade; [...]; que a vítima tinha ciúmes do interrogando; que o interrogando não tinha muito ciúmes da vítima; que não desconfiava que a vítima mantinha algum relacionamento com o Toinho; que o Toinho é um bebedor de cachaça, não é bonito e nem desperta interesse das mulheres. [...].” (*sic*).

Excerto do interrogatório realizado em sessão do júri de FRANCISCO EDSON SIMPLÍCIO CARDOSO (fls. 241/244): “[...] que quando chegou no ‘terreiro’ escutou uns ‘cochichos’; que empurrou a porta e ao entrar encontrou a vítima com o primo dela; que nesse momento a vítima agarrou a foice e o primo dela saiu correndo; que quando

tentou tomar a foice da vítima, esta cortou os dedos; que quando a vítima percebeu que o interrogando iria tomar a foice de sua mão, ela soltou a foice e saiu correndo; que não quebrou nenhum objeto dentro da casa; que não sabe explicar como a vítima se lesionou no quadril, no antebraço e na coxa e supõe que pode ter sido quando esta passou por uma cerca que tem em frente ao quarto onde ela vivia com o réu; que não apagou a luz do quarto, pois quando chegou a luz já estava acesa e continuou acesa; que cortou duas bananeiras e não tinha intenção de encontrar a vítima, cortou as bananeiras por cortar mesmo; que acha que seria aproximadamente 21 horas quando tais fatos ocorreram; que não sabe porque a vítima está inventando essa história de que o interrogando tentou matá-la e que quebrou tudo dentro de casa, e acha que é porque toda vida que a vítima tem raiva do interrogando, ela tenta prejudicá-lo; que não lembra de ter sido condenado por ter agredido a vítima; que lembra de que foi advertido das medidas protetivas da Lei Maria da Penha e uma delas era de que não podia se aproximar da vítima, porém, o interrogando afirma que era a vítima que procurava o interrogando dizendo que tinha se arrependido do que tinha feito e que não repetiria mais; que tinha um pouco de ciúmes da vítima; que lembra que a vítima passou alguns meses com um ferro no dedo, para recuperá-lo de uma lesão sofrida e acha que foi em decorrência de uma queda na casa de um conhecido dela que ela estava bebendo; que nunca agrediu fisicamente a vítima, só a agrediu verbalmente, porém, a vítima já agrediu fisicamente o interrogando; que a vítima já furou duas vezes o interrogando pelas costas e já o agrediu com paulada na cabeça; que nessa ocasião somente a vítima agrediu o interrogando; [...]; que não disse o nome do vizinho na polícia, para não expor o nome do citado vizinho; que depois que tomou a foice da vítima, cortou duas bananeiras; que naquela noite perdeu os óculos, não lembrando em que momento e sem o óculos não enxerga nada e por tal razão dormiu nos matos já que não conseguia chegar na casa de sua mãe; que chegou na casa da mãe do interrogando já de manhã cedo sem a ajuda de ninguém; que a foice ficou no local, não sabendo precisar o exato local; que o quarto não tinha janela, só uma porta, e essa porta era de madeira daquelas

> de duas bandas, uma em cima e outra embaixo; que a pessoa que estava no quarto com a Katia quando o interrogando chegou, saiu correndo quando o viu chegar, passando por trás do interrogando; que a foice estava dentro do quarto da Katia; [...]; que quando tomou a foice da vítima estava dentro do quarto, mas não lembra a forma como tomou da vítima a foice, mas também o interrogando se cortou na mão; [...]; que quando a vítima viu que o interrogando iria tomar a foice, ela saiu correndo; [...]; que em uma das confusões com a vítima, chegou a ser lesionado com um trinchete pela vítima, e esse fato ocorreu depois dos fatos apurados nos presentes autos; que chegou a ser hospitalizado em razão das lesões que sofreu; que não foi ao IML para fazer exame pericial pois não tinha transporte; que depois desse fatos retrocitados reataram o relacionamento mais uma vez; que não pretende mais reatar o relacionamento com a Katia e ao ser solto planeja refazer sua vida em outro local, pois se ficar aqui em Guaramiranga, a Katia vem atrás do interrogando." (*sic*).

De seu turno, os relatos apresentados pela vítima mostram-se, no geral, harmônicos entre si, bem como relativamente ao conjunto probatório circundante, havendo narrado que já estava dormindo no interior sua pequena residência, esta com apenas uma porta, quando o réu ali chegou e, armado de uma foice, passou a agredi-la, não alcançando o intento homicida, porque, apesar de ferida, ela conseguiu, de forma ágil, fugir-lhe por entre as pernas, adentrando o matagal e encontrando auxílio em familiares que residiam próximos, *ipsis litteris:*

> **Depoimento policial da vítima ANA KÁTIA DE ARRUDA TEIXEIRA (fls. 09/10):** "[...] que conviveu com FRANCISCO EDSON SIMPLÍCIO CARDOSO por mais de cinco anos, sendo que seu relacionamento com ele é muito conturbado, terminar em reatam. Que, ele lhe agride muito fisicamente, sendo que já deu mais de três chances a ele, porém EDSON não se ajeita. Que, já processou ele por duas vezes junto ao Fórum dessa cidade, sendo que desistiu uma vez de prosseguir com o processo porque no dia da audiência ele estava junto com sua pessoa e ficou lhe pressionando a resolver e com

medo dele resolveu desistir. [...]. Que, afirma que quando EDSON está bêbado não mede as consequências do que faz, e mesmo estando sóbrio ainda é violento. Que, no sábado, por volta das 19:00h, a declarante estava já deitada, quando EDSON chegou. Que, esclarece, que a casa é da propriedade de sua mãe. Que, EDSON chegou logo arrebentando tudo com uma foice, primeiramente na porta de entrada, e colocou a porta abaixo. Que ele dizia vários palavrões contra sua pessoa. Que, ele desferiu um golpe com a foice, sendo que a declarante desviou senão ele teria lhe matado, vindo a lhe lesionar no braço e no corpo. Que, ele lhe deu várias pancadas, sendo que a declarante gritava, dizendo: 'PELO AMOR DE DEUS, NÃO FAÇA ISSO, PEDINDO PARA ELE PARAR'. Que EDSON estava transtornado e quebrou a mesa, danificou parede e vários objetos do compartimento. Que, a declarante correu e foi pra casa da sua avó. Que, foi socorrida até o hospital de Guaramiranga, tendo seu dedo sido ponteado pois quase o golpe 'rolou' seu dedo, tendo sido ponteado com uns oito pontos. [...]. Que afirma que se acha culpada pelo fato de ter novamente deixado EDSON entrar em sua casa e o aceitado por tudo que ele já lhe fez, mas acreditou que ele se ajeitar e nunca pensou que ele fosse querer lhe matar, pois afirma: 'ELE BOTOU PRA ME MATAR LOGO COM UMA ROÇADEIRA'. [...]." (*sic*).

Depoimento judicial da vítima ANA KÁTIA DE ARRUDA TEIXEIRA (fls. 82/83): "[...] QUE lido as declarações de fl. 09, prestadas na delegacia, a declarante confirma em sua íntegra; que no dia dos fatos a declarante estava sozinha na casa de propriedade de sua mãe; que já estava separada do réu há bastante tempo, quando os fatos ocorreram; que o réu não aceitava a separação e ficava vigiando constantemente a declarante; que o réu ainda continua vigiando e perseguido a declarante, para que esta não tenha outra pessoa; [...]; que foi surpreendida com os gritos do réu, dizendo que 'quem chegasse perto iria morrer na ponta da faca' e já foi derrubando a porta da casa; que réu estava armado de foice e supõe que ele já veio armado, pois a foice não era um dos instrumentos da casa; que já estava pronta para dormir, pois no dia seguinte iria acordar cedo para trabalhar; que esclarecer que na verdade

estava em um dos compartimentos que havia construído junto a casa da mãe, ouse aja, uma 'puxada' que seria de residência para a declarante; que a porta que o réu derrubou era o único acesso aos dois compartimentos e quando ele entrou não tinha por onde a declarante fugir; que o réu ao entrar já foi agredindo a declarante com a foice e quebrando tudo que tinha dentro dos compartimentos: guarda-roupa, televisão, som, dvd, receptor de sinal e os enfeites, além de outras coisas; que o réu entrou no já acendeu as luzes e partiu para cima da declarante e deu o primeira foiçada e se a declarante não tivesse se desviado teria rolado a declarante no meio; que o golpe pegou ainda de raspão e atingiu bem na altura da cintura; que caiu e o réu deu outra foiçada, foi quando atingiu a mão da declarante, pois botou a mão para desviar o golpe; que a declarante pediu pelo amor de deus para ele não fazer aquilo; **que o réu dizia que iria matar a declarante e depois se mataria**; que conseguiu saiu, passando por baixo das pernas do réu e se escondeu no mato e desmaiou; que o réu saiu atrás da declarante e como não a encontrou passou a cortar as bananeiras próximas a casa com a intenção de achar a declarante; que a avó e os primos da declarante moram próximo e ouviram o barulho, e então subiram para ver o que estava acontecendo; que os primos da declarante encontraram a declarante dentro do mato; que a declarante não lembra mais de nada do que aconteceu; que depois que o réu cortou as bananeiras e não encontrou a declarante ele foi embora; que quando fugiu correu na direção da avó da declarante e caiu no meio do mato e se o réu tivesse encontrado a declarante com certeza teria matado a declarante; que após os fatos apurados na presente denúncia o réu continua a perseguir a declarante, [...]." (*sic*).

Depoimento prestado em Plenário do Júri pela vítima ANA KÁTIA DE ARRUDA TEIXEIRA (fls. 241/244): "[...] que no dia dos fatos soube que o réu bebeu no bar do Isaías, que fica próximo a casa da mãe da vítima e que não teve nenhum contato com o réu; que na verdade a declarante estava morando em um quarto separado, mas bem próximo da casa de sua genitora; que o quarto dava para guardar os objetos da declarante e só havia uma única porta de entrada e saída

e não havia janelas, pois se houvessem janelas, no momento em que o réu arrombou a porta, a declarante tinha saído pela janela; que no dia dos fatos, a declarante estava sozinha, não havia ninguém na casa da sua genitora; que Toinho é primo legítimo da declarante e que nunca teve nenhum tipo de relacionamento amoroso com ele; que o Toinho era quase uma criança na época dos fatos, pois atualmente [mais de três anos depois] ele tem 18 anos; que no momento em que o réu arrombou a porta, a declarante estava dormindo e não sabe precisar a hora, mas acha que já era tarde da noite; que com a pancada da foice, o réu já arrancou a porta, tendo esta sido jogada para fora pelo réu; que a porta era simples, não era uma porta resistente; que no momento que o réu arrancou a porta, a declarante se levantou assustada; que da porta para a cama da declarante a distância é muito pequena; **que no momento que o réu arrancou a porta e entrou ele já portava uma foice e uma faca e dizia que ia matar a declarante**; que no momento em que o réu entrou a declarante acendeu a luz, mas pouco depois o réu a apagou; que no momento em que o réu entrou no quarto já golpeou a declarante na altura do quadril e que a declarante se desviou, mas assim mesmo, foi atingida pela foice; que depois que a foice atingiu a declarante, atingiu ainda o guarda-roupa e ele continuou golpeando o guarda roupa, destruindo todo o móvel; que depois que a declarante conseguiu fugir, o réu com a faca que o réu portava, furou toda a parede do quarto; que estava tudo escuro, porque o réu desligou a luz; que a declarante se escondeu no canto da cama e quando o réu a viu, ele golpeou, tentando atingir a declarante, acredita que o réu não conseguiu porque estava escuro; **que além de ter sido atingida na altura do quadril, foi atingida na mão, na perna esquerda e no braço esquerdo**; que após o primeiro golpe desferido com a foice pelo réu, a declarante percebeu que estava ferida e cortada, e em seguida o réu aplicou outro golpe e no momento desse segundo golpe, a declarante conseguiu desviar-se e fugir passando por baixo das pernas do réu e que nesse momento a foice escorregou da mão do réu, ficando esta no chão; que em seguida a declarante não conseguiu gritar por socorro, porque perdeu muito sangue e se escondeu no mato; que o réu saiu cortando as bananeiras

e o mato com a foice, tentando encontrar a declarante; que nesse momento os primos da declarante chegaram; que a declarante conseguiu chegar até o alpendre da casa da sua tia que fica próximo e lá desmaiou; que quando acordou, ouviu uns barulhos no quarto onde a declarante morava, tendo esta concluído que o réu estava quebrando tudo dentro do quarto da declarante; [...]; que a foice não era da sua mãe e nem da declarante e supõe que já a levou; que a declarante não tinha foice em casa; que a faca que o réu usou era da declarante, pois a faca que usava para cortar carne sumiu e depois o réu disse para a declarante que tinha levado a faca porque podia encontrar alguém no caminho; [...]; que o réu tem um ciúme doentio da declarante; que as vezes, mesmo sem estar embriagado o réu tinha crises de ciúme; [...]; que o primeiro golpe com foice atingiu o quadril da declarante; que o segundo golpe também foi com foice, atingindo a mão esquerda da declarante, na altura do dedo polegar; que não lembra se a foice estava amolada; que o réu chegou a cortar todo o mato com a foice; que com a faca o réu atingiu o antebraço da declarante; que com a foice o réu também atingiu a coxa da declarante e o golpe foi grande, tendo inclusive sido ponteado; que no IML não quis tirar a roupa e acha que por tal motivo não apareceu no laudo a lesão na coxa; [...]; que na época e até hoje a casa da mãe da declarante está inabitada, pois não terminou de ser construída; [...]; que quando o réu entrou no quarto, a luz estava apagada, pois a declarante estava dormindo; que foi o réu que acendeu a luz logo depois que ele entrou, mas não sabe como ele apagou a luz e a declarante tentou acender, mas não conseguiu, pois o interruptor fica próximo a porta; que quando foi atingida no dedo e nas outras partes do corpo, a luz estava apagada e não dava pra ver nada e **somente ouvir a voz do réu dizendo que iria matar a declarante**; que, quando passou por baixo das pernas do réu, a luz estava apagada; que o réu tem miopia, mas ele enxerga sem os óculos, pois quebrou tudo da declarante sem os óculos; que ouviu quando a foice caiu da mão do réu e nessa hora estava tudo escuro; [...]; [...]; que depois dos fatos o réu foi até a casa da declarante tentar matá-la e a declarante para se defender atingiu o réu com um trinchete que era dele, pois conseguiu tomar na hora que

> tentou atingir a garganta da declarante; [...]; que no dia dos fatos, não passou por nenhuma cerca pra chegar até a casa da tia da declarante; [...].”

No que concerne à relevância da palavra da vítima em casos como os de que ora se cuida, de crime cometido às ocultas, remansosos são os entendimentos jurisprudenciais, a exemplo dos seguintes:

> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE NA VIA ELEITA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP ATENDIDOS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO NÃO EVIDENCIADA. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. VÍTIMA SUBMETIDA A DOIS EXAMES DE CORPO DE DELITO. PALAVRA DA OFENDIDA. LEI MARIA DA PENHA. NULIDADE DO ACÓRDÃO. DECISÃO MOTIVADA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.
>
> 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
>
> 2. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.
>
> 3. No tocante à contrariedade ao princípio da correlação, tal regra deve ser entendida como a identidade entre o objeto da denúncia e a sentença, ou seja, o acusado deverá ser absolvido ou condenado pelos fatos descritos na peça acusatória, com

vistas à garantia da ampla defesa e do contraditório, sob pena de nulidade. Importa destacar, ainda, que conforme a dicção do art. 383 do Código do Processo Penal, "o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave".

4. Na hipótese, por certo, não há falar em malferimento ao princípio da correlação, pois a denúncia e o seu aditamento narraram as circunstâncias e as consequências da conduta delitiva. Além disso, malgrado tenha asseverado que o fato delitivo implicou o seu afastamento das atividades habituais por mais de 30 dias, o Magistrado *a quo* reconheceu, de igual modo, que as lesões acarretaram debilidade permanente à ofendida.

5. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu.

6. No sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado adotado pela Constituição Federal (CF, art. 93, IX), inexiste hierarquia entre os elementos probatórios, não sendo possível afirmar que uma determinada prova testemunhal ostente menor valor probante que a de outra espécie, já que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação de todos os elementos de convicção produzidos nos autos, podendo indeferir a produção de prova que entenda desnecessária para a solução da controvérsia (CPP, art. 155, *caput*).

7. Como corpo de delito deve ser entendido o conjunto de todos os elementos materiais da infração penal, o que, no caso da lesão corporal, corresponde ao corpo da vítima. Por certo, tratando-se de crime que deixa vestígios, impõe-se a realização do exame pericial, com vistas à comprovação da materialidade delitiva, sob pena de nulidade (CPP, art. 158), salvo na hipótese do desaparecimento dos sinais do crime (CPP, art. 167).

8. Deve ser rechaçada a tese de carência de prova para a condenação do réu, porquanto a materialidade delitiva foi amplamente comprovada pelos laudos produzidos pelos expertos do Instituto Médico Legal, restando atendido o requisito legal previsto no art. 158 do CPP.

9. A perda de três dentes, por si só, denota a deformidade permanente causada pelas lesões, tornando-se despiciendo que a conclusão dos médicos legistas seja corroborada por laudo odontológico. Ainda, a possível correção da deformidade através de prótese dentária não arreda a natureza gravíssima da ofensa suportada pela vítima e, por consectário, não conduz ao afastamento da qualificadora.

10. Nos crimes praticados no âmbito doméstico e familiar praticados contra cônjuge, companheiro ou convivente, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado, máxime quando a sua manifestação estiver respaldada por outros depoimentos e por provas periciais produzidas, como no caso em apreço.

11. Não se pode confundir carência de fundamentação idônea do julgado com decisão contrária aos interesses da parte. Decerto, se o Colegiado de origem, ao desprover o apelo do réu, declinou motivação idônea ao afirmar não ter sido vislumbrado qualquer vício no curso do processo, bem como ao reconhecer a presença de provas bastantes da materialidade e da autoria delitivas, tendo, assim, afastado a incidência de excludente de ilicitude, descabe falar em nulidade do ato processual. Para infirmar tais conclusões seria necessário reexame detido do contexto fático-probatório, o que não se coaduna com a via do *writ*.

12. No que se refere à execução provisória da pena, após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

13. *Writ* não conhecido. (STJ, HC 391.771/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017.

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AGRESSÃO PRATICADA EM RAZÃO DO GÊNERO DA VÍTIMA. COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA. MODIFICAÇÃO DAS PREMISSAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SUMULA N. 7/STJ. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, tratando-se de crime cometido no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, motivado pelo gênero ou vulnerabilidade da ofendida em razão da sua condição de mulher, a competência para o processamento da ação penal é da Vara especializada, tal como estabelece a Lei n. 11.340/06.

2. Tendo as instâncias ordinárias concluído, com base nos elementos de prova carreados aos autos, que o crime praticado foi motivado por questões de gênero, considerando que a vítima estaria em situação de vulnerabilidade por ser do sexo feminino, para se chegar à conclusão diversa do julgado seria necessário o revolvimento de todo o acervo fático-probatório, o que esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ.

3. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, no âmbito dos crimes previstos na Lei n. 11.340/06, a palavra da vítima possui especial relevância, mormente quando corroborada por outros elementos de prova, tal como ocorreu na espécie.

4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AREsp 936.222/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016).

Por seu turno, as testemunha arroladas pela Defesa, Maria Lucileide Sabino Mota (fl. 118), José Ivanilson Vieira da Silva (fls. 231/232), Raimundo Tomaz Sampaio (fls. 233/234), bem como a mãe do recorrido,

Sra. Francisca Simplício Cardoso (fls. 235/236) – apesar de nada detalharem quanto ao fato, ao qual não presenciaram – prestaram declarações também voltadas a denegrir a imagem da ofendida, enaltecendo, lado outro, a conduta social do acusado, sempre classificada como boa, apesar dos já referidos antecedentes maculados.

De seu turno, o testemunho judicial do policial Francisco Nildon Mendes (fl. 74), contraria frontalmente aquelas declarações, especialmente no ponto em que reporta-se às informações colhidas acerca do acusado, apontado por populares como "problemático":

> "[...] que a população comentou que o réu era pessoa problemático e já havia notícias de agressões anteriores contra a mesma vítima; que recorda do óculos que estava no chão, bem como da foice que foi apreendida; que foi a primeira ocorrência que atendeu envolvendo o réu; [...]; que foi o depoente que apreendeu o óculos do réu e a foice usada para agredir a vítima."

A mãe da vítima, Terezinha Paulino de Arruda (fl. 75), de seu lado, manifestou descontentamento pelo fato de a vítima retomar o relacionamento com o acusado mesmo após as constantes agressões a que vinha sendo submetida, vaticinando os esclarecimentos acerca do comportamento violento e desequilibrado do réu, a impedir que Ana Kátia cultivasse algum tipo de relacionamento com terceiro.

Com efeito, apesar da versão apresentada pelo acusado, que alegou ter agido sob o manto da legítima defesa, certo é que, além da autoria e materialidade, as circunstâncias qualificadoras também se mostram suficientemente indicadas, através dos depoimentos da vítima e das testemunhas elencadas pelo *Parquet*, que revelam o ciúme doentio do recorrido, bem como ter agido ele quando Ana Kátia se encontrava dormindo em imóvel do qual não poderia empreender fuga, restando em muito dificultada qualquer chance de defesa, mormente diante da força física daquele, que se encontrava armado com instrumento cortante de porte robusto.

Ora, como cediço, considerando que a análise da incidência da torpeza requer valoração axiológica derivada da convicção íntima dos jurados, cabe a estes julgar se o ciúme excessivo demonstrado pelo acusado reveste-se de vilania, ignomínia, não se mostrando possível o decote prematuro de tal circunstância, notadamente quando encontra respaldo nos elementos de prova constantes aos autos. A esse respeito, inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. MOTIVO TORPE. CIÚMES. AFASTAMENTO EM SEDE DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IMPROPRIEDADE. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.
> 1. Hipótese em que a instância de origem decidiu pelo afastamento da qualificadora do motivo torpe, sob o entendimento de se tratar de adjetivadora manifestamente improcedente.
> **2. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que "cabe ao Tribunal do Júri decidir, no caso em concreto, se o ciúme configura ou não a qualificadora de motivo torpe". (AgRg no AREsp 1.128.138/MG, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 27/09/2017).**
> **3. Esta Corte detém o entendimento de que as qualificadoras somente podem ser afastadas quando se revelarem manifestamente improcedentes.**
> 4. Recurso provido. (STJ, REsp 1706918/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 09/05/2018).

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. Nos delitos de competência do Tribunal do Júri, somente se excluem as qualificadoras manifestamente improcedentes,

> sob pena de invasão da competência do Conselho de Sentença. 2. A exclusão de qualificadora demanda o revolvimento do conjunto fático probatório dos autos, procedimento inviável ante o enunciado da Súmula n. 7 - Superior Tribunal de Justiça. **3. Esta Corte possui jurisprudência no sentido de que, a depender do contexto, o ciúme pode caracterizar o motivo torpe que qualifica o crime de homicídio, cabendo ao Tribunal do Júri tal valoração, caso a caso. Precedentes.** Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AREsp 1134833/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018).

Dessa forma, forçoso concluir que o veredito absolutório mostra-se dissonante com relação às provas existentes nos autos, especialmente diante do elevado valor probante dos depoimentos prestados pela vítima e pelas testemunhas enumeradas pelo Órgão Ministerial, todos em consonância com o conjunto probatório circundante, notadamente com o auto de apreensão de fl. 18, com a documentação médica de fl. 14 e com o laudo de fl. 22, através dos quais se observa – repita-se – que Ana Kátia foi atingida em várias regiões do corpo por instrumento cortante, restando incapacitada para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias.

ISSO POSTO, em consonância com o parecer do Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça, CONHEÇO DO RECURSO, para CONCEDER-LHE PROVIMENTO, devendo o acusado Francisco Edson Simplício Cardoso ser submetido a novo julgamento, nos termos em que pronunciado, ou seja: como incurso nas tenazes do art. 121, § 2º, I e IV, na forma do art. 14, II, do Código Penal, c/c o art. 7º, da Lei nº 11.340/2006.

É como voto.

Fortaleza, 01 de agosto de 2018.

PROCESSO Nº 0001090-57.2008.8.06.0119 APELAÇÃO
APELANTE: WESLEY MACIEL GOMES
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESA. MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. ROUBO: MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DA VÍTIMA CORROBORADOS PELA PROVA CONFISSÃO DO CORRÉU E DO COMPARSA MENOR. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. APLICAÇÃO DA MAJORANTE. DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443 DO STJ. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA. CORRUPÇÃO DE MENORES: PRESCRIÇÃO RETROATIVA RECONHECIDA DE OFÍCIO. PUNIBILIDADE EXTINTA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO PARA CUMPRIMENTO IMEDIATO DA PENA CONFORME ENTENDIMENTO DO STF.

1. A materialidade e a autoria do crime restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. As declarações da vítima, corroboradas pela confissão do corréu e do comparsa menor, mostram-se hábeis para atestar a tese da acusação, inclusive com relação ao emprego de arma.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar que, não obstante a legislação não haja estabelecido frações específicas para o aumento ou para a diminuição em decorrência das agravantes e das atenuantes, a fração de 1/6 mostra-se razoável e proporcional. (REsp 1445187/MS)
3. A incidência da causa de aumento da pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CPB prescinde de apreensão e perícia da arma, quando provado o seu emprego por outros meios de prova. Precedentes.
4. A presença de duas das causas de aumento previstas no § 2º do art. 157 do CPB não basta, por si só, para a exasperação de pena em fração acima do mínimo legal. Inteligência da Súmula 443 do STJ.
5. Recurso parcialmente conhecido e provido na extensão, reconhecida de ofício a prescrição retroativa para declarar extinta a punibilidade em relação ao crime de corrupção de menores.
6. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. (STF, HC 126292/SP).
7. Expedição de mandado de prisão para cumprimento imediato da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do

Tribunal de Justiça do Ceará, por unanimidade, em conhecer em parte do recurso para, na extensão, lhe dar parcial provimento, tão somente para diminuir a pena aplicada ao apelante de 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão e 257 (duzentos e cinquenta e sete) dias-multa para 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 242 (duzentos e quarenta e dois) dias-multa, reconhecida de ofício a prescrição retroativa para declarar extinta a punibilidade do crime de corrupção de menores e determinando a expedição de mandado de prisão para cumprimento imediato da pena, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por **WESLEY MACIEL GOMES** contra a sentença de fls. 441/451, que o condenou pela prática dos crimes capitulados no art. 157, § 2o, I e II do Código Penal e no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Alega o apelante que a majorante do uso da arma de fogo não deve ser aplicada tendo em vista que os réus não foram presos com a arma, não ficando comprovada sua utilização no crime de roubo.

Aduz que a pena-base foi exasperada, haja vista que se apegando a questiúnculas e filigranas processuais estéreis, eivada de farta subjetividade. Acrescenta que foi desprezada a menoridade do recorrente.

Prossegue aduzindo que a condenação no art. 244-B do ECA não deve prosperar, tendo em vista que o menor assumiu sua participação, já sendo corrompido.

Requereu a reforma da sentença objurgada objetivando a exclusão da majorante do emprego de arma, a aplicação da pena mínima para o crime de roubo, o reconhecimento da atenuante da menoridade e a absolvição do apelante pelo delito de corrupção de menores.

Contrarrazões às fls. 527/542.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 544/551 pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

A materialidade e a autoria do crime de roubo majorado restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. As declarações da vítima, corroboradas pela confissão do corréu e do comparsa menor, mostram-se hábeis para atestar a tese da acusação, inclusive com relação ao emprego de arma.

O Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 78 e o Termo de Restituição de fls. 79 não deixam dúvidas acerca da materialidade do crime.

Relativamente à autoria, ao ser ouvida na audiência de fls. 213 a vítima relatou com detalhes a prática delitiva, inclusive quanto à violência exercida com emprego de arma de fogo. Afirmou a vítima que estava em seu veículo, dentro de sua garagem, quando viu uma sombra, três pessoas passando, e de repente voltaram, já com arma em punho. Relatou que um dos assaltantes estava com a arma e que passou a arma para outro dizendo: "pega a arma, pega a arma" (DVD).

Corroborando com as declarações da vítima, ao ser interrogado perante a autoridade judiciária o corréu Daniel de Araújo Silva confessou a prática delitiva e afirmou que o comparsa menor "Leozinho" estava armado e "escalou" a vítima (DVD).

Também reforça as declarações da vítima o depoimento do comparsa menor Francisco Leonardo da Silva Silvestre, ouvido como testemunha na audiência de fls. 273, o qual afirmou que tinha uma arma, que puxou a arma e sacou para a vítima. Disse que arranjou a arma na feira da Parangaba por R$ 150,00 (cento e cinquenta reais). Relatou que se desfez da arma após o assalto, antes da polícia chegar. Asseverou que a arma era um revólver (DVD).

Assim, estando devidamente demonstrada a materialidade e a autoria do crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes, encontra-se o édito condenatório devidamente fundamentado com base na prova dos autos.

Relativamente ao *quantum* da reprimenda aplicada, cumpre pontuar que a dosimetria da pena não obedece a uma regra matemática rígida, mas se trata de uma operação realizada com base em elementos concretos dos autos, levada a efeito com certa discricionariedade, ainda que vinculada ao princípio do livre convencimento motivado do julgador, de forma que cada uma das circunstâncias individualmente valorada pode ter maior ou menor influência no cômputo da pena.

Nesse sentido, de bom alvitre colacionar os seguintes arestos ilustrativos da jurisprudência dos tribunais superiores pátrios:

> "Dosimetria da pena. Ausência de ilegalidade. A jurisprudência desta Suprema Corte entende que a dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Aos tribunais superiores, no exame da dosimetria das penas, em grau recursal, compete somente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais decisões teratológicas e arbitrárias, que violem frontalmente dispositivo constitucional, o que não vislumbro no caso em deslinde." (STF, RHC 131640 AgR/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe-029, 14/02/2017)

> "1. A ponderação das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, que impõe ao magistrado apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado.
> 2. Havendo suficiente fundamentação quanto às graves consequências do crime de roubo perpetrado, não se verifica ilegalidade na decisão vergastada, que estabeleceu a pena-base acima do mínimo legalmente previsto." (STJ, AgRg no HC 270368/DF, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 20/06/2014)

> "Em relação à dosimetria das penas, é permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento da pena-base a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado, consoante o que dispõe o art. 59 do Código Penal." (STJ, AgRg no REsp 1252747/MS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 03/02/2014)

> "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. 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 apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como corrigir, eventualmente, discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. Tanto a concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena base bem acima do mínimo legal. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório que leva à fixação das penas. Recurso ordinário em habeas corpus não provido." (STF, RHC 101576/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe-159, 14/08/2012)

Na primeira fase da dosimetria, a juíza singular consignou que o recorrente possui péssimos antecedentes, demonstrados pelas certidões de fls. 374/378. A julgadora considerou negativamente a circunstância em que ocorreu o crime, consignando que demonstra a tamanha covardia dos larápios em sua execução, uma vez que praticaram o delito valendo-se da tranquilidade do período noturno, no momento em que a vítima estava sozinha dentro de seu veículo. Valorou também negativamente a culpabilidade dos agentes, haja vista que além de adentrarem na residência da vítima para de lá extrair o veículo desta, recusaram-se a se entregar durante a perseguição, sendo necessário serem efetuados tiros de arma de fogo, sendo esta conduta

merecedora de elevada censura. Entendeu a magistrada que o motivo do delito se revelou reprovável, uma vez que os réus resolveram cometer o crime porque desejavam brincar no final do ano.

Com base nessas considerações, fixou a pena-base de 7 (sete) anos de reclusão para o crime de roubo, nada havendo a reparar, porquanto devidamente fundamentada em elementos concretos do processo.

Na segunda fase da dosimetria a pena inicial foi atenuada em 1 (um) ano em razão do reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade prevista no art. 65, I, primeira parte, do Código Penal.

Porém, reconhecida a atenuante, deve a pena-base ser reduzida de 1/6 (um sexto), consoante o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, firme em assinalar que muito embora o Código Penal não tenha estabelecido nenhum parâmetro para o aumento ou para a diminuição da pena em razão das atenuantes ou das agravantes, a fração acima mostra-se razoável e proporcional, exigindo-se motivação concreta e idônea para aplicação de fração diversa da indicada pela jurisprudência.

Nesse sentido, de bom alvitre colacionar os seguintes arestos:

> "A jurisprudência deste Superior Tribunal é firme em assinalar que, não obstante a legislação não haja estabelecido frações específicas para o aumento ou para a diminuição em decorrência das agravantes e das atenuantes, a fração de 1/6 mostra-se razoável e proporcional." (REsp 1445187/MS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 01/09/2016)

> "É manifestamente ilegal a aplicação da fração de redução em patamar inferior a 1/6, pela presença das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, sem a indicação de motivação concreta e idônea. Precedentes." (HC 289516/DF, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe 10/06/2016)

Por conseguinte, aplicando à atenuante em debate a fração redutora de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base, resulta na pena intermediária de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Na terceira fase da dosimetria, a magistrada singular aumentou a pena intermediária em 3/8 (três oitavos) em face das causas de aumento da pena do emprego de arma e do concurso de agentes, sem fundamentar adequadamente, com base em elementos concretos do processo, a exasperação em fração acima do mínimo legal estipulado no aludido dispositivo legal.

Contudo, é assente na jurisprudência o entendimento de que a presença de duas majorantes não dá ensejo, por si só, ao aumento da pena em fração acima do mínimo legal, o que ocorre somente quando as circunstâncias concretas indiquem a necessidade da exasperação em fração acima do mínimo legal, com fundamentação pautada pelo critério subjetivo, por força do princípio constitucional da individualização da pena.

Nesse sentido, preceitua a Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes."

Por conseguinte, a sentença recorrida deve ser reformada nesse particular, adotando-se a exasperação da pena intermediária no mínimo legal de 1/3 (um terço) ante a presença das referidas causas de aumento, resultando para o crime de roubo majorado a pena definitiva redimensionada de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 242 (duzentos e quarenta e dois) dias-multa, esta última redimensionada em razão de proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.

Impende ressaltar, no tocante ao emprego de arma na prática delitiva, que nem a apreensão nem a perícia do objeto são imprescindíveis para a configuração da causa de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, quando comprovada sua utilização por outros meios de prova, como no caso concreto, com base nas declarações da vítima corroboradas pelo interrogatório do corréu e pelo depoimento do comparsa menor.

A jurisprudência dos tribunais superiores pátrios firmou esse entendimento, como ilustram os seguintes julgados:

> "1. Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção deste Tribunal Superior, para o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão do objeto e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (EResp 961.863/RS).
> 2. O poder vulnerante integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP." (STJ, HC 336545/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 09/08/2016)

> "A Terceira Seção do STJ, no julgamento do EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a incidência da aludida majorante prescinde de apreensão e perícia da arma, notadamente quando comprovada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas." (STJ, HC 354566/MS, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, DJe 24/06/2016)

> "Não há obstáculo à incidência da causa de aumento do emprego de arma a falta de apreensão da faca, de uso atestado pela palavra da vítima." (STJ, HC 214150/MG, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 25/02/2016)

> "2. O reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma, quando provado o seu uso no roubo, por outros meios de prova.
> 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não se exclui a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal por falta de apreensão da arma, quando comprovado o seu uso por outro meio de prova. Precedentes.

> 4. O Pleno desta Corte consolidou entendimento de que exigir uma perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no plano das especulações acadêmicas, teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas, de modo a que a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do CP dificilmente poderia ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restassem presos em flagrantes, empunhando o artefato ofensivo. Precedentes." (STF, HC 104273/MS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe-025, 08/02/2011)

No caso em análise, a prova oral coligida demonstra *quantum satis* e estreme de dúvidas o emprego de arma no crime de roubo perpetrado pelo apelante e seus comparsas, conforme expendido linhas acima, sendo de rigor a aplicação da causa de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, em conformidade com os preceitos legais e com a jurisprudência dos tribunais superiores aplicáveis à espécie.

Quanto ao crime de corrupção de menores, antes de deter-se ao cerne da questão posta a desate, mister oportunizar a análise acerca da prescrição da pretensão punitiva estatal, cujo exame antecede às matérias recursais agitadas, de vez que, se detectada, ocasiona a irreversível prejudicialidade do exame do conteúdo do decreto condenatório recorrido.

Vale lembrar que o conhecimento da questão é daqueles em que pode ser feito em qualquer fase do processo, conforme preceptivo do art. 61 do Código de Processo Penal, *in litteris*:

> Art. 61 - Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício.

Acrescido a isto, contra a sentença houve a insurgência de recurso exclusivo da defesa, donde se depreende, por simples ilação lógica e jurídica, que a sentença recorrida transitou em julgado para a acusação. Assim, nos termos do art. 110, § 1º, do Código Penal, a prescrição regula-se pela pena aplicada.

No ponto, confira-se o verbete da Súmula nº 146 do Supremo Tribunal Federal:

> Súmula 146 – A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

No caso dos autos, a pena privativa de liberdade aplicada ao recorrente pela prática do crime capitulado no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente foi de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão. Assim, o prazo prescricional seria de 4 (quatro) anos, conforme dispõe o art. 109, V, do CPB.

No entanto, compulsando-se os autos se constata que à época dos fatos narrados na denúncia o recorrente era menor de 21 (vinte e um) anos de idade, reduzindo-se pela metade o prazo prescricional, nos termos do art. 115 do Código Penal.

Verifica-se também que o lapso temporal decorrido entre a data do recebimento da denúncia (26/01/2009 - fls. 02, ratificado em 20/05/2009 - fls. 110/111) e a data da publicação da sentença objurgada (21/10/2014, fls. 452), transcorreu o prazo prescricional de 2 (dois) anos determinado no art. 109, V, combinado com o art. 115, ambos do Código Penal, ensejando a extinção da punibilidade, na forma do art. 107, I, do mesmo diploma legal.

Dessarte, esvaiu-se, pelo decurso do tempo, a pretensão punitiva estatal em face da prescrição, a qual deve ser tão somente declarada, de vez que, qualquer outra solução, a não ser unicamente esta, seria totalmente ineficaz, no plano jurídico material e processual, além do que subverteria a ordem jurídica posta.

Forte nestes argumentos, impõe-se-me tão somente reconhecer e declarar a extinção da punibilidade do recorrente em relação ao crime de corrupção de menores, em virtude da incidência cortante da prescrição retroativa, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal c/c art. 61, *caput*, do Código de Processo Penal, a tolher de modo irreversível a pretensão punitiva do Estado, restando prejudicado o exame do recurso neste particular.

Por fim, cumpre pontuar que o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (HC 126292/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe-100, 17/05/2016).

Por todo o exposto, conheço em parte do presente recurso para, na extensão, lhe dar parcial provimento, tão somente para reduzir a pena do apelante de 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão e 257 (duzentos e cinquenta e sete) dias-multa para 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 242 (duzentos e quarenta e dois) dias-multa, reconhecida de ofício a prescrição retroativa para declarar extinta a punibilidade relativamente ao crime de corrupção de menores.

Expeça-se o respectivo mandado de prisão para cumprimento imediato da pena.

É como voto.

Fortaleza, 09 de março de 2018.

PROCESSO: 0001479-93.2017.8.06.0000 - APELAÇÃO
APELANTE: MARCOS BANDEIRA COSTA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO. ROUBO MAJORADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. DELITO PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. DESCABIMENTO. GRAVE AMEAÇA COMPROVADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REINCIDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PENA REDUZIDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1 – A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que deva ser afastada a aplicação do princípio da insignificância nos crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, como o roubo. Precedente.

2 – Comprovada a subtração com emprego pelo agente de grave ameaça exercida mediante o uso de arma de fogo, caracterizado está o delito de roubo, restando impossível a desclassificação para o crime de furto.

3 - Não constitui fundamentação adequada considerar as consequências como desfavoráveis pela só alegação de que a vítima não recuperou o bem, pois o prejuízo é resultado do próprio tipo penal violado – roubo.

4 - No tocante à reincidência, em consulta ao sistema processual desta Corte de Justiça, verifica-se que o Juízo considerou a agravante em razão da condenação do réu na Ação Penal nº 4043-02.2014.8.06.0113 (Juízo da Comarca de Jucás), cujo trânsito em julgado se deu em **09-08-2016**, data posterior ao crime objeto da presente ação penal, praticado em **05-06-2016**, não servindo para o reconhecimento da citada agravante, devendo, no entanto, a condenação ser considerada na 1ª fase, a título de maus antecedentes.
5 – Recurso conhecido e parcialmente provido, para reduzir a pena imposta ao recorrente, para 9 (nove) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 90 (noventa) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal, mantido o regime inicial fixado na origem.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal em que se interpõe apelação, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, conhecer do apelo, para lhe dar parcial provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 26 de junho de 2018.

RELATÓRIO

Apelação interposta por **Marcos Bandeira Costa**, contra sentença da lavra do Juízo da Comarca de Jucás (fls. 80-89), que o condenou à pena de **10 anos e 3 meses de reclusão** e **90 dias-multa**, em regime inicial fechado, pela prática do crime descrito no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal Brasileiro.

No recurso de apelação (fls. 80-89), a Defesa pretende, em síntese: (I) – a absolvição do réu com base no princípio da insignificância, ou (II) - a desclassificação do delito para o crime de furto, ou (III) - a redução da pena para o mínimo legal.

O Ministério Público ofertou contrarrazões às fls. 90-99, onde se impugnam as alegações do apelante e pede-se para que seja mantida a sentença recorrida.

Em parecer de fls. 122-125, a douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso.

É o breve relato.

Fortaleza, 26 de junho de 2018.

VOTO

Feito o devido exame dos autos, há de se dizer, de logo, que o recurso foi interposto tempestivamente, sendo cabível na espécie, daí merecer o pretendido conhecimento.

Passo à análise da insurgência.

No que se refere ao pleito de absolvição, pelo reconhecimento da atipicidade material da conduta, aplicando-se o princípio da insignificância, não merece prosperar a alegação do Recorrente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes cometidos mediante o uso de violência ou grave ameaça, como o roubo.

Nesse sentido:

> "RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE NO RECONHECIMENTO PESSOAL. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE NOS CRIMES COM VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA. PRECEDENTES. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. SUPERVENIÊNCIA

> DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NOVOS FUNDAMENTOS. PREJUDICIALIDADE DO RECURSO, NO PONTO. RECURSO JULGADO PREJUDICADO EM PARTE E, NO MAIS, IMPROVIDO.
> 1. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é legítimo o reconhecimento pessoal ainda quando realizado de modo diverso do previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, servindo o paradigma legal como mera recomendação (RHC 67.675/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 28/03/2016).
> 2. **A jurisprudência desta Corte Superior afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes cometidos mediante o uso da violência ou grave ameaça, como o roubo.**
> 3. A superveniência de sentença condenatória, na qual foi negado ao réu o direito de apelar em liberdade com fundamentos diversos dos expostos no decreto prisional, torna prejudicado o pedido de análise da presença dos requisitos do art. 312 do CPP, posto que há um novo título a justificar a custódia que ainda não se submeteu ao crivo do Tribunal de origem.
> 4. Recurso parcialmente prejudicado e, no mais, improvido." (RHC 82.226/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017, destaquei)

A Defesa pretende, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para o delito de furto, reconhecendo a inexistência de grave ameaça. Razão não lhe assiste.

Infere-se dos autos que o apelante foi condenado pela prática do delito de roubo porque, "no dia 05 de junho de 2016, por volta das 18h30min, no Sítio Agostinho, […], os denunciados **LUIZIMAR BELO DE OLIVEIRA E MARCOS BANDEIRA COSTA**, agindo com cooperação mútua e unidade de desígnios e esforços, subtraíram em proveito comum, mediante grave ameaça exercida com arma de fogo, coisa alheia móvel consistente em R$ 200 (duzentos reais) em dinheiro, de propriedade da vítima **ANTONIO FARIAS**. [...]" (fl. 3).

O Magistrado sentenciante, após análise dos elementos constantes nos autos, concluiu que a conduta descrita na denúncia, realmente, se amoldaria ao tipo descrito no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, uma vez que, "As pessoas ouvidas foram unânimes ao narrar o crime assim como descrito na denúncia, não havendo dúvidas quanto à sua consumação". Na mesma oportunidade, destacou que, "Em relação ao uso da arma de fogo, este foi expressamente descrito pela vítima, o Sr. Antônio Farias." Ressaltou, ainda, que "a palavra da vítima foi essencial para a identificação da materialidade e autoria, ainda que outros elementos de prova tenha convergido para a conclusão, tais quais os demais depoimentos colhidos." (fl. 72).

Diante desse panorama, estando comprovadas autoria e materialidade do delito, através da robusta prova dos autos (Auto de Prisão em Flagrante, Auto de Apresentação e Apreensão (fl. 10), prova testemunhal), especialmente pelas declarações da vítima, reconhecida a existência de grave ameaça, exercida mediante o emprego de arma de fogo, inclusive apreendida, inviável a desconstituição do édito condenatório, a fim de desclassificar a conduta para o delito de furto.

Do pedido de redução da pena - A Defesa solicita por fim a redução da pena.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na operação, faz-se necessário a transcrição de excertos da sentença condenatória:

> "[...].
> A **Culpabilidade** foi acentuada, notadamente diante do *modus operandi* empregado. O fato de adentrar a residência da vítima no início da noite, arrombando sua porta e com uma camisa em seu rosto visando à dificultar sua identificação denotam aumentada reprovabilidade da conduta.
> Os **antecedentes** são péssimos, possuindo o réu extensa ficha criminal (fls. 127/128). Tal fator, contudo, será sopesado apenas na 2ª fase da dosimetria da pena.
> Não há elementos seguros para aquilatar a **conduta social** do acusado.
> A **personalidade** do réu mostrou-se um critério a ser negativado. Como ressaltou o Ministério Público em suas alegações finais, o fato de o agente conhecer a vítima desde tenra idade demonstra frieza e a ausência de qualquer traço de

> empatia do denunciado com a vitima, diante da proximidade que existe entre suas famílias.
> Os **motivos do crime** são inerentes ao tipo.
> As **circunstâncias do crime** não extrapolam a descrita no tipo.
> As **consequências** foram graves, vez que os bens roubados não foram restituídos à vítima; O **comportamento da vítima** em nada contribuiu para a conduta do acusado.
> Assim, arrimado nas circunstâncias judiciais acima referidas, em **1ª fase**, estabeleço a pena-base em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e o pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.
> Na **2ª fase**, reconheço as agravantes da reincidência e da senilidade (art. 61, I e III, "h", do Código Penal), atribuindo a cada uma o *quantum* de 9 meses e 20 (vinte) dias-multa.
> Em **3ª fase,** reconheço a majorante do uso de arma de fogo (art. 157, § 2º, I e II, CP), e aumento a pena de 1/3 (patamar mínimo, resultando em um *quantum* final de 10 (DEZ) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO além do pagamento de 90 (NOVENTA) DIAS-MULTA, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.
> […]". (fl. 70-78)

Tenho que assiste razão à Defesa, parcialmente.

Na primeira fase da dosimetria da pena, foram consideradas desfavoráveis ao réu 3 (três) circunstâncias judiciais – culpabilidade, personalidade e consequências.

Na lição de Guilherme de Souza Nucci, "o mal causado pelo crime, que transcende o resultado típico, é a consequência a ser considerada na fixação da pena. É lógico que num homicídio, por exemplo, a consequência natural é a morte de alguém e, em decorrência disso, uma pessoa pode ficar viúva ou órfã. Diferentemente, um indivíduo que assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes um trauma sem precedentes, precisa ser mais severamente apenado, pois trata-se de uma consequência não natural do delito" (Individualização da pena, Revista dos Tribunais, 2007, 2ª ed., fl. 205).

No caso dos autos, não constitui fundamentação adequada considerar as consequências como desfavoráveis pela só alegação de que a vítima não recuperou o bem, pois, o prejuízo é resultado do próprio tipo penal violado.

O aumento decorrente da culpabilidade do réu e da personalidade, contudo, foi devidamente fundamentado.

Na segunda fase, foram consideradas para elevar a pena as agravantes genéricas previstas nos incisos I e III, "h", do art. 61, do CP.

No tocante à reincidência, em consulta ao sistema processual desta Corte de Justiça, verifica-se que o Juízo considerou a agravante em razão da condenação do réu na Ação Penal nº 4043-02.2014.8.06.0113 (Juízo da Comarca de Jucás), cujo trânsito em julgado se deu em **09-08-2016**, em data posterior ao crime objeto da presente ação penal, praticado em **05-06-2016**, devendo, no entanto, a condenação ser considerada na 1ª fase, a título de maus antecedentes.

Desse modo, deve-se proceder ao reparo na dosimetria da pena.

Assim, afastada a circunstância judicial das **consequências** e acrescida a vetorial dos **maus antecedentes**, mantenho a pena-base do Recorrente no mesmo patamar, ou seja, 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Na segunda fase, elevo a pena de 1/6 em razão da agravante genérica do art. 61, III, "h", do CP, atingindo o total de 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Conservo o acréscimo em 1/3 (um terço) pela causa de aumento do emprego de arma, fixando a pena, em definitivo, em 9 (nove) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 90 (noventa) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal, mantido o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a pena imposta a **Marcos Bandeira Costa**, para **9 (nove) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, e pagamento de **90 (noventa) dias-multa**, no valor unitário do mínimo legal, mantido o regime inicial fixado na origem.

É como voto.

Fortaleza, 26 de junho de 2018.

PROCESSO Nº 0006163-97.2015.8.06.0140
APELAÇÃO CRIMINAL – COMARCA DE PARACURU
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
APELADO: JOSÉ ROGACIANO NOGUEIRA DOS SANTOS
RELATOR: DES. MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. ART. 305 DA LEI 9.503/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO JUÍZO *A QUO*. RELEVÊNCIA DA QUESTÃO. FUGA À RESPONSABILIDADE CIVIL. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA. DIREITO À LIBERDADE. ART. 5º, LXVII, CF88. VIOLAÇÃO. FUGA À RESPONSABILIDADE PENAL. PRINCÍPIOS *NEMO TENETUR SE DETEGERE*, INTERVENÇÃO MÍNIMA E PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA POSTULAÇÃO. CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO. REMESSA DA MATÉRIA AO ÓRGÃO ESPECIAL NA FORMA DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE.

1. Irresignado com a absolvição do réu pela prática de dois crimes, sendo um deles declarado inconstitucional pelo juízo a quo, o Ministério Público interpôs recurso de apelação (fl. 102), objetivando a reforma parcial da sentença de fls. 93/98.

2. Tendo o recorrente se manifestado acerca da constitucionalidade do dispositivo nas razões recursais (fls. 106/116), o recorrido nas contrarrazões (fls. 122/125) e a Procuradoria-Geral

de Justiça em sede de parecer (fls. 140/146), tem-se por atendido o disposto no art. 247, §1º, do RITJCE.

3. A questão constitucional é relevante na medida em que inexiste decisão do Supremo Tribunal Federal e do Órgão Especial desta Corte sobre tema, bem como porque inexiste normas infraconstitucionais que conflitem com o art. 305 do CTB e que tenham ensejado a sua revogação tácita.

4. A regra que criminaliza a conduta de "afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída" é inconstitucional com relação à fuga da responsabilidade civil porque ofende o princípio da intervenção mínima, bem como porque viola o direito de liberdade e, especialmente, o disposto no art. 5º, LXVII, da CF88, uma vez que impõe uma pena privativa de liberdade a quem, antecipadamente, opõe-se a reparar dano que causou.

5. No tocante à fuga à responsabilidade penal, obrigar o condutor do veículo a permanecer no local do acidente para apuração de eventual responsabilidade penal é inegavelmente constrangê-lo a produzir prova contra si, posto que, mesmo que optasse pelo silêncio desde a apuração administrativa do fato pela autoridade de trânsito, ainda assim, teria contribuído significativamente para a apuração da autoria delitiva em seu prejuízo, o que viola o princípio nemo tenetur se detegere.

6. A excessiva proteção da persecução penal no caso em tela demonstra-se desproporcional, uma

vez que o Estado, apesar de exigir a permanência do autor de crime de trânsito no local da infração penal, não agiu com o mesmo rigor perante os agentes de delitos mais graves.
RELEVÂNCIA E PROCEDÊNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDAS. REMESSA DA QUESTÃO AO ÓRGÃO ESPECIAL MEDIANTE AUTUAÇÃO E PROCESSAMENTO DE INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº 0006163-97.2015.8.06.0140, 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 reconhecer a relevância da questão acerca da constitucionalidade do art. 305 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e a procedência dos fundamentos da inconstitucionalidade para, de acordo com o art. 247, §3º, do RITJCE, afetar seu exame pelo Órgão Especial mediante autuação e processamento de Incidente de Inconstitucionalidade.

Fortaleza, 31 de outubro de 2017.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado do Ceará ofereceu denúncia contra o JOSÉ ROGACIANO NOGUEIRA DOS SANTOS, já qualificado na peça acusatória, pela prática dos delitos tipificados ao teor dos arts. 305, 306, 309 e 311 do Código de Trânsito Brasileiro (fls. 2/5).

Em síntese, narra a delatória que, no dia 29 de novembro de 2015, o réu dirigia um veículo em alta velocidade na localidade de Cabra Morta, no Município de Paracuru/CE, em avenida com escolas e de grande

movimentação de pessoas, vindo a abalroar em um carro que se encontrava estacionado no acostamento, empreendendo fuga logo em seguida.

Após ser perseguido e alcançado por policiais militares, o réu teria apresentado visíveis sinais de embriaguez e se recusado a apresentar seus documentos pessoais aos agentes públicos.

A denúncia foi recebida no dia 16 de dezembro de 2015 (fl. 47).

A resposta à acusação encontra-se acostada às fls. 52/58.

Na audiência de instrução (fls. 77/78), foram colhidos os depoimentos das testemunhas, o interrogatório do acusado e oferecidas as alegações finais, tudo registrado em mídia digital.

Encerrada a instrução, o juízo singular prolatou sentença (fls. 93/98), publicada em 18/03/2016, condenando o réu como incurso nos crimes de embriaguez ao volante (art. 306, CTB) e de dirigir veículo sem permissão ou habilitação, gerando perigo de dano (art. 309, CTB), bem como absolvendo-o em relação aos crimes previstos nos arts. 305 e 311 do Código de Trânsito Brasileiro.

O juízo *a quo* declarou inconstitucional o art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, sob o argumento de que a referida tipificação era inconciliável com a regra disposta no art. 5º, LXIII da Constituição Federal. Entendeu ainda que não restou comprovado que o réu tenha trafegado na proximidade dos locais arrolados no art. 311 ou que o logradouro, de fato, tivesse grande movimentação de pessoas.

Irresignado em parte com a sentença, o Ministério Público apresentou recurso de apelação (fl. 102) e, nas razões (fls. 106/116), aduziu que o art. 305 do CTB não foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e encontrava-se "em pleno vigor", colacionando fundamentos da Douta Procuradoria-Geral da República favoráveis à constitucionalidade da norma.

Aponta ainda que, pelo depoimento das testemunhas Jesse Justo de Sousa e Tiago Martins da Silva, restou demonstrado que o réu dirigia em alta velocidade, gerando perigo de dano, próximo a escolas e em local com grande movimentação e concentração de pessoas.

Pleiteou, ao final, a reforma da sentença para condenar o acusado também nas penas dos art. 305 e 311 do CTB.

Por outro lado, o recorrido, em sede de contrarrazões (fls. 122/125), advoga no sentido de que o tipo penal previsto no art. 305 do CTB "fere de morte o princípio constitucional editado no art. 5º, LXIII, da CM", pois seria um contrassenso exigir que o recorrido permanecesse no local do acidente para se autoincriminar.

Reitera que inexiste provas de que, no local do acidente, haveria grande concentração de pessoa em plena noite de domingo, objetivando, ao final, a manutenção da decisão guerreada.

Às fls. 140/146, a Douta Procuradoria-Geral de justiça, apesar de reconhecer a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da constitucionalidade do art. 305 do CTB, aduz também se acostar ao entendimento da PGR no sentido de reconhecer a constitucionalidade da referida norma.

No tocante ao crime do art. 311, aponta que as testemunhas acima mencionadas afirmaram que o acidente ocorreu na avenida principal da localidade, onde há escolas e informaram que, nos finais de semana, ficam várias pessoas na calçada e caminhando por ali e, diante o exposto, opinou pelo conhecimento e total provimento do recurso.

Os autos do recurso devidamente instruído vieram-me conclusos em 04/05/2017 (fl. 147).

É o relatório.

Peço pauta para julgamento.

Fortaleza, 11 de setembro de 2017.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço, por tempestivo e adequado à espécie.

Relevância da arguição de inconstitucionalidade do art. 305 do CTB

Considerando que o juízo *a quo* declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma que criminaliza a fuga de pessoa do local onde se envolveu em acidente de trânsito, bem como que, conforme já relatado, as partes e a Douta Procuradoria-Geral de Justiça já se manifestaram sobre a questão, julgo ter sido atendido o disposto no art. 247, *caput* e §1º, do Regimento Interno deste egrégio Tribunal, fazendo-se necessário, neste momento, a análise da relevância da questão constitucional suscitada, nos termos do §2º do mesmo dispositivo.

No julgamento da relevância da questão, faz-se necessário observar, por força do disposto no art. 247, §4º, do RITJCE, se ela já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Órgão Especial ou se, de fato, é imprescindível ao julgamento do feito.

Discutindo a constitucionalidade do art. 305 do CTB, tramitam perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Constitucionalidade nº 35, proposta pela Procuradoria-Geral da República e distribuída ao eminente Ministro Marco Aurélio, e o Recurso Extraordinário nº 971.959/RS, de relatoria do eminente Ministro Luiz Fux, recurso no qual foi reconhecida a repercussão geral da matéria, sem, contudo, determinar-se o sobrestamento das ações em curso. Não há registro de que o STF, em outra oportunidade, tenha deliberado sobre a tema.

Por sua vez, desde a sua instalação em junho de 2011, o Órgão Especial deste egrégio Tribunal não enfrentou a divergência sobre constitucionalidade do art. 305 do CTB, conforme é possível verificar em pesquisa no sistema de jurisprudência desta Corte.

No tocante à imprescindibilidade do enfrentamento da questão constitucional, cumpre destacar que o réu foi absolvido em relação a conduta do art. 305 do CTB por suposta inconstitucionalidade da norma e, consequentemente, inexistência de infração penal (art. 386, III, CP).

No caso em tela, somente se demonstraria prescindível a questão constitucional se, ocorrendo antinomia entre a referida disposição do CTB

e outra disposição infraconstitucional, esta viesse a prevaler sobre aquela; do contrário, a discussão sobre a constitucionalidade da primeira ainda se faria necessária.

Nesse sentido, vislumbro dois tratados internacionais que homenageiam o princípio *nemo tenetur se detegere* e, em tese, poderiam estar em conflito com a tipificação guerreada, sendo eles o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujas disposições pertinentes merecem transcrição:

> [Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos] – ARTIGO 14 […] 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: […] g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.
>
> [Convenção Americana sobre Direitos Humanos] – ARTIGO 8 […] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: […] g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem declarar-se culpada; […]

Por sua vez, o dispositivo do Código de Trânsito Brasileiro declarado inconstitucional pelo juízo *a quo* possui a seguinte redação:

> Art. 305. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída:
> Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Da leitura do disposto nos tratados internacionais *supra* e do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, bem como levando em consideração as regras de interpretação de tratados previstas no art. 33, 1, da Convenção de Viena, a qual determina que "um tratado deve ser interpretado de boa fé

segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.", julgo inexistir antinomia entre as referidas normas.

Como se vê, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos pressupõe a existência de um processo e tanto ela quanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos referem-se a figura de um acusado de delito, todavia o condutor de veículo envolvido em acidente não é "acusado de delito" e nem parte em processo judicial, condições que os próprios tratados impuseram para o gozo das garantias que trazem em seu bojo.

Ante o exposto, não vislumbro antinomia entre as regras trazidas nos tratados internacionais mencionados e no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, posto que tratam de situações distintas e, consequentemente, a aplicação de uma não enseja a negação de vigência da outra.

Desse modo, muito embora entenda a importância das disposições dos citados tratados internacionais, não vislumbro que a norma posta no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro as viole, razão pela qual julgo ser imprescindível o enfrentamento da constitucionalidade da norma guerreada, a qual passo a realizar nos termos do art. 247, §3º, do RITJCE.

Mérito da questão constitucional

O dispositivo cuja constitucionalidade está sendo questionada trata-se do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro que assim dispõe: "*Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída: Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa*".

A discussão em torno da constitucionalidade do referido tipo se sustenta, principalmente, na questão da limitação do poder punitivo estatal, uma vez que, por força do princípio da intervenção mínima, não pode o Estado lançar mão indiscriminadamente do Direito Penal a pretexto de garantir a paz social se o resultado objetivado é igualmente alcançável por

medidas previstas em outros ramos do Direito. Nesse sentido, é o magistério de Cezar Roberto Bitencourt[1]:

> O *princípio da intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não penais. Por isso o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Ante essa consideração, de pronto, vislumbro a inconstitucionalidade do dispositivo no tocante à responsabilidade civil, haja vista que não me parece matéria a ser tratado pelo Direito Público a fuga do condutor de local do acidente com a finalidade de se eximir de eventual responsabilidade civil, tal disposição afronta o direito de liberdade e, especificamente, o disposto no art. 5º, LXVII da Constituição Federal[2], na medida em que comina uma pena privativa de liberdade aquele que se opõe, antecipadamente, a reparar dano material ou moral que causou.

O Direito Civil, por certo, é o ramo adequado à resolução dessa controvérsia e à garantia do direito de reparação de danos à vítima, mas compete a esta, conforme ocorre, em regra, na relações civis, a prova do prejuízo e dos demais elementos da responsabilidade civil.

---

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, v. 1, parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 13.

2 Art. 5º […] LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Por sua vez, quanto à responsabilidade penal, é de se destacar que o bem jurídico protegido pelo art. 305 do CTB é a administração da justiça, a qual, apesar de relevante, não se sobrepõe ao direito de não se autoincriminar.

Cumpre destacar que a garantia da não autoincriminação, apesar de decorrer de diversos enunciados constitucionais, dentre eles do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), com este não se confunde. Sobre o referido princípio, Guilherme de Souza Nucci[3] assim dissertou:

> Há, ainda, a imunidade à autoacusação, *sob o princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere):* trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5.º, LVII) e ampla defesa (art. 5.º, LV) com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado (art. 5.º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provado sua culpa, possuindo direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo. O Estado é a parte mais forte da persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o agente da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração. Seria a admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para colher elemento suficientes a sustentar a ação penal.
>
> O Supremo Tribunal Federal igualmente já reconheceu maior amplitude da prerrogativa constitucional contra a autoincriminação:
>
> […] ALCANCE E CONTEÚDO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. - A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 5.

com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de persecução penal. O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Precedentes. - A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a "persecutio criminis" nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar. - O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional - além de não importar em confissão - jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa. Precedentes. […] (g. n)

(HC 99289, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-149 DIVULG 03-08-2011 PUBLIC 04-08-2011 EMENT VOL-02559-01 PP-00075 RTJ VOL-00226-01 PP-00529)

Desse modo, julgo que obrigar o condutor do veículo a permanecer no local do acidente para apuração de eventual responsabilidade penal é inegavelmente constrangê-lo a produzir prova contra si, posto que, mesmo que optasse pelo silêncio desde a apuração administrativa do fato pelo autoridade de trânsito, como sugere a Procuradoria-Geral da República na ADC nº 35, ainda assim, teria contribuído significativamente para a apuração da autoria delitiva em seu prejuízo.

Por sua vez, reputo como preocupantes os dados expostos pela PGR, no Recurso Extraordinário nº 971.959/RS, acerca das mortes e dos acidentes no trânsito brasileiro[4], todavia não vejo que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo vergastado pioraria este quadro, haja vista que se atribuíssemos tais números às pessoas que fogem do local do acidente, provavelmente, não responderiam elas pelo crime do art. 305 do CTB, mas sim pelo delito de omissão de socorro previsto no art. 304 do mesmo *codex*.E, nesse ponto, é possível observar o caráter subsidiário do referido tipo, uma vez que se o acidente deixar vítimas, pelo menos, levemente feridas, a fuga imediata ensejará o delito de omissão de socorro, não o de evasão do local do acidente.

Ademais, a excessiva proteção da persecução penal no caso em tela demonstra-se desproporcional, uma vez que o Estado, apesar de exigir a permanência do autor de crime de trânsito no local da infração penal, não agiu com o mesmo rigor perante os agentes de delitos mais graves.

Nesse linha, Nucci[5] também defende a inconstitucionalidade do dispositivo legal em comento:

> Trata-se do delito de fuga à responsabilidade, que, em nosso entendimento, é inconstitucional. Contraria, frontalmente, o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo – *nemo tenetur detegere […]*. Inexiste razão

4 Segundo a PGR, no ano de 2015, 37.306 pessoas teriam morrido e 204.000 teriam sido hospitalizadas devido a acidentes de trânsito.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. v. 2, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 850.

plausível para obrigar alguém a se autoacusar, permanecendo no lugar do crime, para sofrer as consequências penais e civis do que provocou. **Qualquer agente criminoso pode fugir à responsabilidade, exceto o autor do delito de trânsito. Logo, cremos inaplicável o art. 305 da Lei 9.503/97.**"

É em razão dessas considerações que discordo da conclusão a que chegou o Tribunal de Justiça do Paraná quando, no incidente de inconstitucionalidade nº 1.182.256-7/01, sopesou a *segurança viária* e o direito a *não autoincriminação* e declarou constitucional o art. 305 do CTB, posto que não se observa que o referido tipo penal importe em significativa contribuição à segurança viária, mas sim em flagrante ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Desse modo, acosto-me ao entendimento do Tribunal Regional Federal da Quarta Região e dos tribunais dos estados de Minas Gerais, São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Espirito Santo que declararam a inconstitucionalidade do referido tipo penal, conforme ementas dos julgados a seguir:

CONSTITUCIONAL. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CRIME DE FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE. ARTIGO 305 DA LEI 9.503/97 (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). GARANTIAS DA AMPLA DEFESA, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL. DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*. BEM JURÍDICO PROTEGIDO. AUSÊNCIA DE SUPORTE CONSTITUCIONAL. ÔNUS DO ESTADO DE FAZER PROVA DA ACUSAÇÃO.

1. O artigo 305 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) conflita com a ordem jurídica vigente ao impor sanção ao acusado pelo fato de afastar-se do local do acidente, tisnando os direitos que lhe são constitucionalmente assegurados, consubstanciados nas garantias da ampla defesa, da presunção de inocência, da não autoincriminação e do devido processo legal para a apuração de atos contrários ao Direito. 2. Inolvidável é a natureza subsidiária do direito penal, que atua sempre como *ultima ratio* de bens jurídicos cuja lesão (ou perigo de) se mostre digna e necessitada de

cominação de pena. 3. O tipo em comento (artigo 305 do CTB) carece de referência constitucional, na medida em que, buscando garantir o esclarecimento de fatos ocorridos em acidente de trânsito, a fim de evitar que o agente se furte à responsabilidade civil e criminal, lançou mão de tutela visivelmente desproporcional, porquanto extremamente gravosa aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, especialmente quando em cotejo com a finalidade visada pela norma penal, outorgando tratamento sobremaneira oneroso ao motorista implicado em acidente de trânsito. Sendo o Estado titular da pretensão punitiva, sobre ele pesa o ônus de fazer a prova da acusação, mediante a observância do devido processo legal, revelando-se incompatível com a ordem constitucional vigente, na qual consagrada a presunção de inocência, a tipificação de figura delitiva a modo de facilitar o exercício do *jus puniendi* estatal. 4. Reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo adversado. (Arguição de Inconstitucionalidade 0004934-66.2011.404.0000/RS. Rel. Des. Victor Luiz dos Santos Laus, Órgão Especial do TRF da 4ª Região. Julgamento em 19 de dezembro de 2012)

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – RESERVA DE PLENÁRIO - ART. 305, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO FUNDAMENTAL AO SILÊNCIO - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. (TJMG - Arg Inconstitucionalidade 1.0000.07.456021- 0/000, Relator(a): Des.(a) Sérgio Resende , CORTE SUPERIOR, julgamento em 11/06/2008, publicação da súmula em 12/09/2008)

Incidente de inconstitucionalidade (CF, art. 97; CPC, arts. 480 a 482). Código de Trânsito Brasileiro, art. 305 - fuga à responsabilidade penal e civil. Tipo penal que viola o princípio do art. 5°, LXIII - garantia de não autoincriminação. Extensão da garantia a qualquer pessoa, e não exclusivamente ao preso ou acusado, segundo orientação do STF. Imposição do tipo penal que acarreta a autoincriminação, prevendo sanção restritiva da liberdade, inclusive para a responsabilidade civil. Inconstitucionalidade reconhecida. Incidente acolhido. É inconstitucional, por violar o art. 5°, LXIII, da Constituição

Federal, o tipo penal previsto no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro. (Arguição de Inconstitucionalidade 990.10.159020-4. Rel. Boris Kauffmann. Órgão Especial do TJSP. Julgamento em 14/07/2010)

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 305 DO CTB. FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE PARA ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OU PENAL. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DE SILÊNCIO E DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO (CF/88, ART. 5º, LXIII). AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRATAMENTO DIFERENCIADO SEM MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PROCEDÊNCIA DA ARGUIÇÃO.

Não se pode conceber a premissa de que, pelo simples fato de estar na condução de um veículo, o motorista que se envolve em um acidente de trânsito tenha que aguardar a chegada da autoridade competente para averiguação de eventual responsabilidade civil ou penal porquanto reconhecer tal norma como aplicável, seria impor ao condutor a obrigação de produzir prova contra si, hipótese vedada pela constituição federal por ofender o preceito da ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV), além de incorrer em malferição ao direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII). Ademais, estar-se-ia punindo o agente por uma conduta praticada por qualquer outro delinquente, qual seja, a evasão da cena do delito, sem que por tal conduta recebam sanção mais alta ou acarrete maior gravosidade em suas penas, estabelecendo-se forte contrariedade aos princípios da isonomia e da proporcionalidade. desse modo, afigura-se inviável vislumbrar outra responsabilidade penal a ser imputada ao motorista que se evade do local em que estivera envolvido em acidente de trânsito com vítima que não a omissão de socorro, situação com disposição específica no CTB (art. 304). Assim, se o condutor que se encontra nessas circunstâncias, que resultaram apenas em danos materiais, pode ter sua liberdade cerceada, está-se criando nova modalidade de prisão por responsabilidade civil, matéria que encontra limites constitucionais inestendíveis pelo legislador ordinário, o qual sofre limitação pelo art. 5º,

LXVII da CF/88, que impede a prisão civil por dívida, afora as hipóteses nele excetuadas. (TJSC; Proc. 2009.026222-9/0001.00; Forquilhinha; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Salete Silva Sommariva; Julg. 08/06/2011; DJSC 24/06/2011)

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ARTIGO 305. EVASÃO DO LOCAL DO ACIDENTE. CONDUTA INEXIGÍVEL DO CONDUTOR. AUTOINCRIMINAÇÃO. FLAGRANTE PREJUÍZO PROCESSUAL.

A prática de um ato ilícito enseja a correlata responsabilidade, civil ou penal. No caso de responsabilidade civil, a apuração compete exclusivamente ao titular da pretensão indenizatória. Tratando-se de responsabilidade penal, a persecução é dever do Estado, através do órgão imbuído de tal competência, mas jamais exigindo do autor do ilícito determinado proceder que possa, ao facilitar a administração da justiça, possibilitar sua incriminação, ao menos dentro da sistemática estabelecida pela Constituição Federal de 1988. Incidente de inconstitucionalidade julgado procedente. Por maioria. (Incidente de Inconstitucionalidade 70047947478, Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 24/06/2013)

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 0002317-39.2011.8.08.0049. SUSCITANTE: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. PARTE INTERESSADA ATIVA: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. PARTE INTERESSADA PASSIVA: WELITON PAGIO. RELATOR: DESEMBARGADOR DAIR JOSÉ BREGUNCE DE OLIVEIRA. ACÓRDÃO EMENTA: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESERVA DE PLENÁRIO - ART. 305, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - INCOMPATIBILIDADE COM O TEXTO CONSTITUCIONAL - DIREITO FUNDAMENTAL AO SILÊNCIO, À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA.

1. - A imposição de sanção ao acusado, pelo fato de afastar-se do local do acidente, prevista no art. 305 da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) conflita com a ordem jurídica

vigente, isto é, vai de encontro a direitos consubstanciados nas garantias da ampla defesa, da presunção de inocência, da não autoincriminação e do devido processo legal para a apuração de atos contrários ao Direito. 2. - Segundo posicionamento do excelso Supremo Tribunal "a garantia constitucional do 'due process of law' abrange, em seu conteúdo material, prerrogativas ligadas ao 'direito de ser presumido inocente (ADPF 144/DF, Rel. Min. Celso de Mello)' e 'de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio" (STF – HC n. 99289, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ: 04-08-2011), o que implica na incompatibilidade do artigo 305, do Código de Trânsito Brasileiro, com o texto constitucional. A norma em foco possui nítida função coercitiva com viés na persecução imediatista da "responsabilidade penal ou civil¿ daquele que figure como condutor de veículo envolvido em acidente de trânsito. Isto porque os termos "afastar-se (¿) do local do acidente (¿) para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída" já indica - ainda que de forma travestida e precoce (à instauração de inquérito ou de termo circunstanciado) - a persecução antecipada e forçada sobre os aspectos relacionados à autoria e materialidade de uma eventual conduta ilícita (extrapenal ou penal), circunstância que afronta à prerrogativa de não se autoincriminar além de outros direitos (Art. 5º, incisos LV, LXIII e LXVII, da CF). 3. - Incidente de inconstitucionalidade julgado procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 305 da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro). Vistos, relatados e discutidos os presentes autos Acordam os Desembargadores que compõe o egrégio Tribunal Pleno, de conformidade com a ata e notas taquigráficas da sessão que integram este julgado em, à unanimidade, declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do artigo 305 da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), nos termos do voto do relator. Vitória-ES., 16 de junho de 2016. PRESIDENTE RELATOR (TJES, Classe: Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Ap, 49110023170, Relator : DAIR JOSÉ BREGUNCE DE OLIVEIRA, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 16/06/2016, Data da Publicação no Diário: 05/07/2016)

Ante o exposto, voto pelo reconhecimento da relevância da questão constitucional arguida e pela procedência da inconstitucionalidade do art. 305 da Lei n° 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), a fim de remeter a questão ao Órgão Especial, na forma de incidente de inconstitucionalidade, e suspender o presente julgamento até a resolução da controvérsia pelo órgão competente, em respeito à cláusula da reserva de plenário e na forma do art. 247, §3º, do RITJCE.

É como voto.

Fortaleza, 31 de outubro de 2017.

PROCESSO: 0048590-41.2015.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTES: DOUGLAS QUEIROZ DA SILVA E ADAGILSON PAZ OLIVEIRA DA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. REDUÇÃO EM PATAMAR INFERIOR A 1/6. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. DIREITO AO RECURSO EM LIBERDADE. PREJUDICIALIDADE. OPERAÇÃO DOSIMÉTRICA. ILEGALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA MODALIDADE TENTADA. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO SUMULAR Nº 582 DO STJ. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 231 DO STJ. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS, REDUZIDA, DE OFÍCIO, A PENA DO APELANTE ADAGILSON PAZ DE OLIVEIRA DA SILVA.

1 – Cediço, que as considerações tecidas acerca das circunstâncias judiciais apenas se justificam para fins de exasperação da reprimenda se adequadamente motivadas e devidamente atreladas à concretude dos fatos.

2 – Relativamente à valoração negativa dos antecedentes criminais, agiu com acerto a magistrada sentenciante, não merecendo prosperar o inconformismo. Isso porque, consoante certidão acostada à fl. 24 dos autos, pesa em desfavor do recorrente uma condenação junto ao Juízo da 10ª Vara Criminal – Ação Penal n.º 0799194-96.2014.8.06.0001, pela prática de crime de roubo, sendo imposta a pena de 4 anos de reclusão, em regime aberto, por sentença datada de 05-05-2015, com trânsito em julgado em 14-08-2015.

3 - Quanto à preliminar do direito ao recurso em liberdade, entendo não ser este o instrumento apropriado para manejar o pedido, encontrando-se o pleito, nesse momento, prejudicado, ante a realização do presente julgamento.

4 - "A lei não prevê as frações a serem aplicadas no caso de incidência de atenuantes e agravantes. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado no sentido de que a redução da pena em fração inferior a 1/6 deve ser concretamente fundamentada." (AgRg no REsp 1695882/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 24/11/2017).

5 – A atenuante da confissão espontânea do réu Douglas Queiroz da Silva, não obstante tenha sido reconhecida pelo Juízo monocrático, não foi aplicada na segunda fase da dosimetria da pena, em respeito à vedação contida na Súmula n. 231 do STJ, que reza: "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

6 - O fato de ter o agente subtraído para si o veículo da vítima, mediante grave ameaça, por si só, já faz com que o tipo penal tenha se consumado, porque constatada a inversão da posse do bem. Inteligência da Súmula nº 582 do STJ, que reza: "Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.".
7 – Segundo a prova dos autos, o delito foi praticado com o emprego de arma branca, situação que não mais configura causa de aumento de pena no crime de roubo, diante da revogação do inciso I, do § 2.º, do art. 157, do Código Penal, pela Lei n.º 13.654/2018. Assim, impõe-se a aplicação da novatio legis in melius, decotando-se a majorante do uso de arma da tipificação constante da denúncia e pela qual restaram condenados os apelantes. Todavia, mesmo excluída a citada causa de aumento as penas permanecem inalteradas, já que evidenciada a majorante do concurso de pessoas, que autorizou o incremento de 1/3 na terceira fase da dosimetria.
8 - Recursos conhecidos e improvidos, reduzida, de ofício, a pena do recorrente Adagilson da Paz Oliveira da Silva para 5 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal em que se interpõe apelação, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes

da Turma Julgadora da 2a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, conhecer dos apelos, para lhes negar provimento, reduzida, de ofício, a pena do réu Adagilson da Paz Oliveira da Silva, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 26 de junho de 2018.

RELATÓRIO

Apelações interpostas por **Douglas Queiroz da Silva** e **Adagilson da Paz Oliveira da Silva**, contra sentença da lavra do Juízo da 9ª Vara Criminal de Fortaleza (fls. 170-176), que condenou o primeiro à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 14 dias multa, em regime inicial fechado, enquanto o segundo à reprimenda de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 20 (vinte) dias multa, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal.

Adagilson da Paz Oliveira da Silva, em suas razões recursais (fls. 190-192), aduz, em síntese, ilegalidade na operação dosimétrica.

Douglas Queiroz da Silva, por intermédio de sua Defesa técnica, alega, através do presente recurso de apelação (fls. 233-245), que o recorrente faz jus ao direito ao recurso em liberdade; a ilegalidade na dosimetria da pena; a incidência da atentante da confissão espontânea e que o delito de roubo não ultrapassou a esfera da tentativa.

O Ministério Público ofertou contrarrazões às fls. 249-260 e 261-263, onde se impugnam as alegações dos apelantes e pede-se para que seja mantida a sentença recorrida.

Em parecer de fls. 272-277, a douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso de Adagilson da Paz Oliveira da Silva e desprovimento do apelo de Douglas Queiroz da Silva.

É o breve relato.

Fortaleza, CE, 26 de junho de 2018.

VOTO

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Do apelo de Adagilson da Paz Oliveira da Silva.

Quanto ao citado réu, o recurso cinge-se à alegação de ilegalidade na dosimetria da pena.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na operação, faz-se necessário a transcrição de excertos da sentença condenatória:

> "[...].
> a) **Antecedentes**: possui antecedentes, indicados na página 24, onde consta condenação, mas ainda não transitada em julgado; b) **Conduta Social**: Não consta nos autos dados suficientes para a sua análise; c) **Personalidade**: Sem fatores positivos ou negativos relevantes; d) **Motivo dos Crimes**: Comum ao tipo, ou seja, obtenção de proveito financeiro; e) **Circunstâncias e Consequências do crime**: Normais ao tipo g) **Comportamento da vítima**: Em nada contribuiu.
> Assim, verificando que seus antecedentes reclamam uma exasperação diferenciada, estabeleço a pena base em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, atenuada de 03 (três) meses, nos termos do art. 65, III, d, do Código Penal, tendo em vista a confissão, de modo a restar a pena de 04 (quatro) anos e 03 (três) meses de reclusão e pena pecuniária de 15 (quinze) dias multa, estes calculados no mínimo legal. […]. (fls. 175)

Da transcrição percebe-se que a pena-base do réu foi fixada em 6 meses acima do mínimo legal, em razão do reconhecimento de uma circunstância judicial negativa – "antecedentes".

Relativamente à valoração negativa dos **antecedentes criminais**, agiu com acerto a magistrada sentenciante, não merecendo prosperar o inconformismo. Isso porque, consoante certidão acostada à fl. 24 dos autos, pesa em desfavor do recorrente uma condenação junto ao Juízo da 10ª Vara

Criminal – Ação Penal n.º 0799194-96.2014.8.06.0001, pela prática de crime de roubo, imposta a pena de 4 anos de reclusão, em regime aberto, por sentença datada de 05-05-2015, com trânsito em julgado em 14-08-2015.

Quanto à segunda etapa da dosimetria, contudo, merece pequeno reparo a operação procedida pela judicante.

Embora o Código Penal não tenha estabelecido limites mínimo e máximo de redução de pena a serem aplicados em razão das atenuantes genéricas, a aplicação de fração inferior a 1/6 exige motivação concreta e idônea, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO ATIVA E EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ABSOLVIÇÃO. EXAME APROFUNDADO DE PROVA. SUM. 7/STJ. CONFISSÃO. *QUANTUM* DE REDUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
>
> 1. Concluindo as instâncias ordinárias, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, que o acusado praticou os delitos pelos quais foi denunciado, chegar a entendimento diverso implica o revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.
>
> 2. Ademais, "A Lei n.º n.º 12.760/12 modificou o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a fim de dispor ser despicienda a avaliação realizada para atestar a gradação alcoólica, acrescentando ser viável a verificação da embriaguez mediante vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova, de modo a corroborar a alteração da capacidade psicomotora" (RHC 49.296/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014).
>
> 3. **A lei não prevê as frações a serem aplicadas no caso de incidência de atenuantes e agravantes. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado no sentido de que a redução da pena em fração inferior a 1/6 deve ser concretamente fundamentada.** Na hipótese, a pena foi reduzida em 1/4 (6 meses), acima, portanto, do que vem

> entendendo a jurisprudência desta Eg. Corte, não havendo que se falar em ilegalidade na dosimetria.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no REsp 1695882/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 24/11/2017)

In casu, a pena foi reduzida pela atenuante da confissão em apenas 3 meses (1/18) sem que a magistrada aduzisse qualquer fundamento para justificar o quantum de redução. Entendo, assim, que faz jus o recorrente à redução em razão da atenuante na fração de 1/6.

Assim, mantenho a pena-base em 4 anos e 6 meses de reclusão. Na segunda fase, redimensiono a fração da atenuante da confissão espontânea para 1/6, ficando a pena em 4 anos, deixando de reduzi-la aquém do mínimo em atenção ao enunciado da Súmula n.º 231, do STJ. Na terceira etapa, presentes as majorantes do uso de arma e concurso de pessoas, mantenho a fração de 1/3, totalizando a pena em **5 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida,** inicialmente em **regime semiaberto**.

Do recurso de Douglas Queiroz da Silva.

Quanto à preliminar do direito ao recurso em liberdade, entendo não ser este o instrumento apropriado para manejar o pedido, encontrando-se o pleito, nesse momento, prejudicado, ante a realização do presente julgamento.

Ademais, houve expressa fundamentação na sentença sobre a necessidade de manutenção da custódia (f. 120), pois presentes os requisitos da prisão cautelar.

Alega o recorrente ilegalidade quanto à dosimetria da pena.

A magistrada de primeiro grau, ao estabelecer a reprimenda do recorrente, utilizou-se da seguinte fundamentação:

> "[...].
> a) **Antecedentes**: Indicados nas páginas 22/23, mas deixo de considerá-los neste momento, por constituírem reincidência; b) **Conduta Social**: Boa, segundo as testemunhas arroladas pela defesa; c) **Personalidade**: Sem fatores positivos ou negativos relevantes; d) **Motivo dos Crimes**: Comum

> ao tipo, ou seja, obtenção de proveito financeiro; e) **Circunstâncias e Consequências do crime**: Normais ao tipo; f) **Comportamento da vítima**: Em nada contribuiu.
> Verificando, então, que nenhuma dessas circunstâncias é capaz de interferir no cálculo da pena base deste acusado, fixo-a no mínimo de 04 (quatro) anos de reclusão e pena pecuniária de 10 (dez) dias multa, estabelecidos estes em um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato.
> Apesar da confissão manifestada em juízo, saliento a impossibilidade de aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, por ter sido a pena base fixada no mínimo legal (Súmula 231 do STJ).
> Considerando que a certidão de antecedentes criminais acostada aos autos, página 22/23, revela a ocorrência de **reincidência**, procedo ao aumento de 1/6 (um sexto), totalizando 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias multa.
> Dando continuidade e tendo em vista as causas especiais de aumento previstas nos incisos I e II do § 2º do art. 157, acresço um terço (1/3) à sanção, o que resulta na pena definitiva equivalente a **06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, a ser cumprida inicialmente, em face da reincidência, em **regime fechado**.
> Quanto à sanção pecuniária, aumento-a, pelas mesmas razões, para **14 (quatorze) dias multa**, estabelecidos estes em seu grau mínimo.
> […]. (fls. 174-175)

A pena-base do réu Douglas Queiroz da Silva foi fixada no mínimo legal.

O apelante pretende a redução de sua pena pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Sem razão a Defesa, pois a atenuante da confissão espontânea foi reconhecida pelo magistrado de primeiro grau, não havendo como reduzir a pena-base aquém do mínimo legal já estabelecido, diante do teor da Súmula n.° 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, não merece prosperar a tese de que o crime não ultrapassou a esfera da tentativa.

Do conjunto probatório dos autos – palavras da vítima, prova oral colhida e confissão, nota-se que o delito restou consumado, ainda que a res tenha sido restituída ao ofendido, que teve seu veículo subtraído, mediante grave ameaça, sendo o automóvel localizado pela polícia, momentos depois através do sistema de rastreamento.

Ressalte-se que a confissão encontra-se plenamente corroborada pela prova testemunhal.

A meu aviso, o iter criminis exigido para a configuração do crime de roubo foi percorrido em sua totalidade, uma vez que o bem foi efetivamente retirado da esfera da disponibilidade da vítima, recordando que não se exige a posse mansa e pacífica da res furtiva.

Em outras palavras, o fato de ter o agente subtraído o veículo, mediante grave ameaça, por si só, já faz com que o tipo penal tenha se consumado, porque constatada a inversão da posse do bem.

Tal entendimento restou inclusive Sumulado, por meio do Enunciado nº 582, do STJ, que assim dispõe:

> "Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada."

No mesmo sentido a Súmula nº 11, desta egrégia Corte de Justiça:

> "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*.".

Na espécie, o entendimento do juízo de origem encontra-se de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste egrégio Tribunal, de modo que, no ponto, o inconformismo não merece prosperar.

Por fim, cabe considerar que o delito foi praticado com o emprego de arma branca, situação que não mais configura causa de aumento de pena no crime de roubo, diante da revogação do inciso I, do § 2.º, do art. 157, do Código Penal, pela Lei n.º 13.654/2018. Assim, impõe-se a aplicação da novatio legis in melius, decotando-se a majorante do uso de arma da tipificação constante da denúncia e pela qual restaram condenados os apelantes. Todavia, mesmo excluída a causa de aumento as penas permanecem inalteradas por esse fundamento, já que evidenciada a majorante do concurso de pessoas, que autorizou o incremento de 1/3 na terceira fase da dosimetria.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos e, de ofício, reduzo a pena de Adagilson da Paz Oliveira da Silva para **5 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida,** inicialmente, **em regime semiaberto**, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Fortaleza, 26 de junho de 2018.

PROCESSO: 0191777-73.2016.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: JOÃO PAULO RODRIGUES DA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. ROUBO MAJORADO PELO USO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS. NEGATIVA DE AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO SEGURO FEITO PELAS VÍTIMAS, CORROBORADA PELA PROVA TESTEMUNHAL E DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. DOSIMETRIA. VIOLAÇÃO À SÚMULA 443 DO STJ. ELEVAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PENA REVISTA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1 – O reconhecimento preciso trazido pelos ofendidos em sede policial e judicial, identificando o apelante como sendo um dos autores do crime descrito na exordial delatória, corroborado pela prova testemunhal, autoriza a manutenção da condenação pelo delito de roubo circunstanciado.

2 - A majoração da pena, acima do mínimo legal previsto, em razão do reconhecimento das majorantes do roubo, exige fundamentação com base em elementos concretos do delito. Inteligência da Súmula nº 443 do STJ.

3 – Recurso conhecido e parcialmente provido, no sentido de estabelecer as penas de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e 7 dias-multa, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal em que se interpõe apelação, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, conhecer do apelo, para lhe dar parcial provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 30 de maio de 2018.

RELATÓRIO

Apelação interposta por João Paulo Rodrigues da Silva contra sentença da lavra do Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza (fls. 200-209) que o condenou à pena de 3 anos, 8 meses e 5 dias de reclusão, além de 7 dias-multa, em regime inicial aberto, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal Brasileiro.

Pretende-se através do recurso (fls. 240-246), em essência, a absolvição, sustentando a Defesa a tese de negativa de autoria, aduzindo a insuficiência da prova para a condenação, invocando o brocardo "in dubio pro reo". Subsidiariamente, requer o apelante a redução da pena.

Contrarrazões às fls. 250-257, pugnando pelo improvimento do recurso.

A douta Procuradoria de Justiça elaborou parecer pelo desprovimento do apelo (fls. 261-267).

É o breve relato.

Fortaleza, CE, 30 de maio de 2018.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso interposto.

Passo ao exame do mérito recursal.

Pesa contra o recorrente a acusação de que:

> "[...], no dia 14 (quatorze) de dezembro de 2016, por volta das 12:30 h, na Rua Solon Pinheiro, Nº 667, nesta capital, o Denunciado foi preso em estado de flagrância delitiva logo após ter **tentado subtrair, em concurso com terceiros não identificados e com uso de arma de fogo, a importância de R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais) da vítima Pedro Gabriel Barros, em uma "saidinha bancária" em uma agência do Bradesco, localizada à Av. Bezerra de Menezes, nesta cidade**. [...]" (fls. 12-13)

A materialidade do delito de roubo circunstanciado tentado encontra-se bem positivada no Auto de Prisão em Flagrante, prova oral colhida, Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 7) e demais elementos probatórios.

Em relação à autoria delitiva, em que pese a negativa do apelante, a meu sentir, as provas coletadas nos autos são suficientes para a manutenção de sua condenação pela prática do delito, sem que existam dúvidas acerca de seu envolvimento nos fatos descritos na denúncia.

A tese da Defesa limita-se à frágil esquiva trazida pelo recorrente, sem qualquer amparo relevante nas provas, o que me leva a manter a condenação havida em primeira instância.

Com vistas a aclarar a dinâmica dos fatos, releva apreciar as declarações prestadas pela vítima Pedro Gabriel Barros, as quais convergem para a condenação do apelante, nos termos prolatados na sentença primeva. Confira-se:

> "[...] A vítima Pedro Gabriel Barros, declarou em juízo que é filho de Pedro Alves Barros e estava no mesmo veículo no momento do fato. Que foram sacar um valor no banco Bradesco. Que um homem em uma moto Bros abordou o seu pai com uma arma na cabeça. Que neste momento saiu do carro correndo. Que o dinheiro estava com seu tio. Que a moto deu a volta e abordaram novamente o ofendido do outro lado da avenida (bem como seu pai). Que um dos

> indivíduos apontou a arma para sua cabeça e depois para a do seu pai. Que esta motocicleta se evadiu e outra moto "grande" a seguiu. Que uma pessoa seguiu a moto que estava o acusado. Que vinham duas pessoas na primeira moto, mas quem abordou foi o garupeiro, sem descer da moto. Que "Felipe" viu os fatos e seguiu uma das motos até seu destino, que era a moto do acusado. Que reconheceu o réu na delegacia. Que o réu estava na segunda moto, que dava apoio. Que o réu estava na moto branca como garupeiro e depois trocou para a moto de cor vinho, XRE. Que o réu estava com um capacete espelhado. O réu é branco, alto, forte e estava de calça e de blusa azul. Que familiares do réu foram à casa da avó da vítima e queria que isso fosse evitado. Que seu pai percebeu primeiro a moto seguindo. Que o réu é o garupeiro da moto branca e que posteriormente foi para a moto de cor vinho. Que o capacete usado pelo acusado era preto com a viseira espelhada. Que seu pai ficou de cueca na rua para demonstrar que não estava com o dinheiro.
> [...]" (fls. 204)

Tais declarações estão em sintonia com a versão dos fatos narrada pelo ofendido por ocasião da confecção do inquérito policial. Vejamos:

> "[...] na data de hoje, acompanhava o pai e um tio, de nome FRANCISCO DE ASSIS, pois este ia receber seguro de um carro, no valor de R$ 16.000,00 no Bradesco da av. Bezerra de Menezes; QUE, sacaram em dinheiro vivo, e foram para o carro, que ficara ao lado do banco; QUE, ao entrar no carro, o declarante percebeu dois homens em uma MOTO BROS PRET/BRANCA, e suspeitou, mas continuaram e viu que a moto os seguia; QUE, na av. José Jathay, próximo à av. Sargento Hermínio, a moto aproximou-se e o garupeiro sacou de um revólver e encostou na cabeça do pai do declarante, que guiava o veículo; QUE, o pai do declarante acelerou e bateu em alguns veículos lateralmente para se livrar da moto; QUE, os três pularam com o veículo em movimento, sendo que a moto fez retorno e os perseguiu, abordando o declarante apontando a arma, e este levantou a camisa para mostrar que nada tinha, enquanto seu tio e seu pai corriam para se

> esconder; QUE, o pai do declarante também foi abordado com o revólver, novamente encostado na cabeça dele, mas o mesmo também levantou a camisa mostrando que nada tinha; QUE, o tio do declarante conseguira se esconder em um posto; QUE, populares seguiram a moto que se evadiu do local e algumas pessoas passaram a dizer que a outra moto dava cobertura; QUE, nesta delegacia, em sala própria, entre três pessoas, reconheceu a pessoa do autuado com sendo a mesma que apontou a arma na cabeça do seu pai por duas vezes, conforme narrava, sem nenhuma dúvida; QUE nada foi roubado. [...]" (fls. 9-10)

Ressalte-se que, indagado, em juízo, em mais de uma oportunidade, se reconhecia o réu **João Paulo Rodrigues da Silva** como um dos autores da tentativa de assalto, respondeu o ofendido Pedro Gabriel Barros que tinha absoluta certeza disso.

Há que se salientar que, em sede de crimes patrimoniais, praticados, em sua maioria, na clandestinidade, configura-se preciosa a palavra da vítima para o reconhecimento do autor do roubo e para aferição das circunstâncias do delito, principalmente quando inexiste nos autos qualquer indício de que o ofendido tenha, levianamente, inventado tais fatos apenas com o intuito de prejudicar o acusado.

A ausência desses indícios, confrontados com as demais provas produzidas durante a instrução probatória, determina que se acolha a versão apresentada em detrimento à negativa do apelante, até porque inexistem justificativas que embasem qualquer intenção de incriminá-lo falsamente.

Ademais, a corroborar com as declarações de Pedro Gabriel Barros, temos o depoimento de Francisco de Assis Alves Uchoa, igualmente vítima da ação do recorrente, conforme destacado na sentença de primeiro grau:

> "[...]
> A vítima Francisco de Assis Alves Uchoa, estava no banco traseiro e viu a ação delituosa. Que viu quando uma moto abordou seu irmão e o garupeiro colocou a arma em sua cabeça. Que saiu do carro e foi até um posto de gasolina.

Que ficou embaixo de um birô na loja de conveniência. Que eram duas motos: sendo uma tipo Bros branca – que abordou o irmão da vítima. Que um dos ocupantes desta moto passou para outra moto e se evadiram. Que a vítima estava com o dinheiro, mas conseguiu fugir. Que o réu somente foi preso porque foi "rateado", ou seja, seguido por um popular. Que não tem condições de dizer as roupas dos indivíduos. Que tomou conhecimento que seu irmão foi abordado por familiares do réu. Que seu irmão toma remédios por causa destes fatos. Que a segunda motocicleta deu apoio ao roubo e, soube por "Felipe" que seguiu a moto, que um dos indivíduos saiu da moto branca e foi para a segunda moto.
[...]" (fls. 203)

No mesmo sentido, também, o depoimento do policial militar Marlen Rodrigues de Oliveira, na Delegacia:

"[...] QUE estava de serviço na equipe RAIO-03, […], quando, por volta das 12:30h, foram informados por populares por telefone que teria presenciado um roubo a pessoa na Av. José Jathay, próximo à CRASA – Monte Castelo, e que eram em torno de três a quatro indivíduos, em motos, sendo uma BROS e outra XRE, e assaltaram alguns transeuntes; QUE, os populares perceberam que um deles se evadiu de uma XRE VINHO em direção ao centro de Fortaleza; QUE, a Equipe Raio fez buscas e logo avistou e abordou um suspeito na rua Solon Pinheiro, nº 667, local apontado mas denúncias, sendo que o suspeito foi identificado como JOÃO PAULO RODRIGUES DA SILVA, o qual não estava armado e que trajava calça jeans e camisa azul clara, em posse de um capacete cor preta visor espelhado e uma moto XRE VINHO de placas OCJ- 7427, de sua propriedade; QUE, um popular informou, por telefone, ter seguido um dos autores até o citado endereço; QUE, indagado sobre a denúncia, o interrogado negou a participação, e que estava no local da abordagem para um entrevista de emprego e teria acabado de chegar; **QUE, a vítima, SR. PEDRO ALVES BARROS, bem como mais duas pessoas que acompanhavam a vítima, TAMBÉM**

> **RECONHECERAM, sem vacilo, a pessoa do autuado, que era este assaltante quem empunhava a arma e apontou para a cabeça da vítima**; [...]" (fls. 3-4) (destaquei)

Assim, a palavra dos ofendidos é convincente e encontra amparo nas demais provas dos autos, pois o apelante **João Paulo Rodrigues da Silva** foi prontamente identificado em razão de suas vestimentas, do capacete que usava na ocasião (preto com a viseira espelhada), da motocicleta que pilotava no momento de sua fuga (moto XRE vinho), como aquele que, em comparsaria, mediante ameaça exercida com arma de fogo, tentou subtrair a quantia de R$ 16.000,00, retirada da agência bancária pelos ofendidos, não conseguindo seu desiderato por circunstâncias alheias a sua vontade.

Com efeito, no confronto entre a duvidosa versão trazida pelo autor, negando a autoria do delito, e a palavra segura das vítimas, prevalecem os valiosos esclarecimentos prestados pelos ofendidos.

Nesse sentido:

> APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - ART.157, §2º, II, DO CP - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONJUNTO PROBATÓRIO CONTUNDENTE - PALAVRA DA VÍTIMA - ESPECIAL RELEVO.
> - Nos crimes contra o patrimônio, entre eles o roubo, a palavra da vítima, quando corroborada por outros elementos e em harmonia com as demais provas colhidas ao longo da instrução, são provas mais do que suficientes para alicerçar o decreto condenatório. (TJMG, 6ª C. Crim., Apelação Criminal 1.0110.13.002436-4/001, Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques, j. 03/03/2015, pub. 13/03/2015)

Relativamente à dosimetria da pena, entendo que a operação comporta reparo. Isso porque o Magistrado de primeiro grau aplicou a fração de 2/5 (dois quintos) para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Incide, portanto, à espécie o disposto na Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça: "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo

circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes". Dessa forma, deve ser reconhecida a incidência da fração mínima de 1/3 (um terço), na terceira fase da dosimetria.

Assim, passo à redimensionar a pena.

Verifica-se que as circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, tendo a pena-base sido imposta no piso legal de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa. Inexistem circunstâncias ateuantes e agravantes. Na terceira fase da dosimetria, levando-se em conta a fração de aumento de 1/3 pelas duas majorantes do crime de roubo, chega-se à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, mais 13 dias-multa.

Considerando a tentativa – art. 14, II, do CPB, reduzo a pena no mesmo patamar adotado pelo sentenciante, perfazendo o total de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, e 9 dias-multa, ficando mantida a pena de multa em 7 dias-multa, em razão da vedação da *reformatio in pejus*, a ser cumprida, inicialmente em regime aberto – art. 33, § 2º, letra "c", do CPB.

Ante todas as considerações, toma-se conhecimento do recurso, para lhe dar parcial provimento, no sentido de estabelecer as penas de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e 7 dias-multa, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.

Fortaleza, CE, 30 de maio de 2018.

PROCESSO: 0790976-79.2014.8.06.0001 – APELAÇÃO
APELANTE: RODRIGO AZEVEDO MENDES
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESA. MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 157, § 2º, I, II E V DO CPB: MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONFISSÃO, DEPOIMENTOS DA VÍTIMA E TESTEMUNHAS. TENTATIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESNECESSIDADE DA POSSE TRANQUILA DA *RES FURTIVA* PARA A CONSUMAÇÃO. TEORIA DA *APPREHENSIO*. PRECEDENTES. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. APLICAÇÃO DA MAJORANTE. RESTRIÇÃO DE LIBERDADE. LAPSO TEMPORAL INDEMONSTRADO. EXCLUSÃO DA MAJORANTE. ART. 299 DO CPB: DESCLASSIFICAÇÃO *EX OFFICIO* PARA USO DE DOCUMENTO FALSO. *EMENDATIO LIBELLI*. DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA DADA A FATO DESCRITO NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PENA INALTERADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A materialidade e a autoria do crime de roubo majorado, na modalidade consumada, restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. A confissão do réu, as declarações das vítimas

e a prova testemunhal mostram-se hábeis para comprovar a tese da acusação.
2. O crime de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da coisa subtraída, mediante violência ou grave ameaça, ainda que haja imediata perseguição e prisão, não se exigindo a posse tranquila da *res furtiva*, adotando-se a teoria da *apprehensio* ou *amotio*. Precedentes dos Tribunais Superiores.
3. Não acolhida a tese da desclassificação do crime de roubo para a forma tentada.
4. A incidência da causa de aumento da pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CPB prescinde de apreensão e perícia da arma, quando provado o seu emprego por outros meios de prova. Precedentes.
5. Somente se justifica a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, V, do Código Penal, quando a vítima é mantida por tempo juridicamente relevante em poder do agente, o que não restou comprovado no caso concreto.
6. A conduta narrada na denúncia, comprovada através de prova documental, corresponde à definição jurídica do delito capitulado no art. 304 do CPB, sendo de rigor proceder à *emendatio libelli*, com a consequente desclassificação do crime de falsidade ideológica para o delito de uso de documento falso.
7. "O réu se defende dos fatos que são descritos na peça acusatória, e não da capitulação jurídica dada na denúncia. Assim sendo, a adequação típica pode ser alterada tanto em primeira instância quanto em segundo grau, via *emendatio libelli*." (STJ, AgRg no HC 201343/RS).
8. Recurso a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso para lhe dar parcial provimento, tão somente para excluir a majorante prevista no inciso V do § 2º do art. 157 do Código Penal e, de ofício, desclassificar o crime de falsidade ideológica para o delito de uso de documento falso, permanecendo inalteradas as penas aplicadas, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por RODRIGO AZEVEDO MENDES contra a sentença de fls. 223/237, que o condenou como incurso nas penas do artigo 157 § 2º, I, II e V, art. 299 c\c art. 69 e Art. 70, todos do Código Penal.

Aduz o recorrente que a detenção das vítimas ocorreu por rápido lapso temporal, não configurando a hipótese prevista na qualificadora do inciso V do art. 157 do CPB. Argumenta que houve apenas tentativa de roubo, não se consumando o crime, uma vez que não houve a posse tranquila da *res furtiva*. Acrescenta que não foi realizada perícia na arma.

Alega que a apontada falsidade ideológica não constitui crime em razão de ter o acusado direito de não produzir prova contra si mesmo, em forma de autodefesa.

Aduz, para fins de prequestionamento federal, que a sentença recorrida encontra-se em desconformidade com os dispositivos do Código de Processo Penal. Argumenta que o Código Penal e o Código de Processo Penal foram interpretados de modo inadequado.

Prossegue aduzindo, à guisa de prequestionamento constitucional, desconformidade com os princípios da Cidadania e da Dignidade da Pessoa Humana. Alega que não há provas para a condenação, pelo que entendem haver malferimento à norma constitucional da justiça social prevista nos arts. 1º, 2º, 3º, 5º e 170 da Constituição Federal.

Argumenta que "o requisito repercussão geral, inserido pela Emenda Constitucional n°45/2004, também está satisfeito, pois reflete-se em toda a sociedade a condenação de pessoa, havendo dúvidas sobre se ela deva ser condenada ou a condenação em *quantum* superior, por todos os motivos anteriormente delineados" (*sic*).

Requereu a absolvição do réu referente ao art. 299 do CPB e a condenação pelo crime de roubo majorado pelo concurso de agentes na modalidade tentada.

Contrarrazões às fls. 289/301.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 309/314 pelo conhecimento e não provimento do apelo.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

A materialidade e a autoria do crime de roubo majorado, na modalidade consumada, restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. A confissão do réu, as declarações das vítimas e a prova testemunhal mostram-se hábeis para comprovar a tese da acusação.

A materialidade do delito de roubo encontra-se comprovada através do Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 71 e dos Termos de Restituição de fls. 72, 73, 74 e 75.

Quanto à autoria, a prova oral acusatória não apresenta nenhuma contradição nas declarações das vítimas, das testemunhas e do interrogatório do recorrente no tocante ao crime de roubo praticado com o emprego de arma de fogo e em concurso de pessoas (gravações nos autos digitais).

Contudo, não resta configurada a majorante referente à restrição da liberdade prevista no inciso V do § 2º do art. 157 do Código Penal, haja vista que a prova produzida durante a instrução criminal demonstra que as vítimas foram mantidas por pouco tempo, conforme se extrai dos seguintes excertos da sentença objurgada:

> "A vítima José Gomes Neto em seu depoimento (…) Disse que quando viu a ação, tentou ficar atrás de uma peça de tecido, mas quando tentou se esconder, entrou um outro rapaz de estatura mais baixa, que fechou o portão da loja. Disse que só viu uma arma e que levaram R$ 500,00 em espécie. Disse que escutou a sirene da polícia e que em seguida um dos acusados perguntou de quem era a Hilux, que era do proprietário, mas não levou o carro pois **a polícia chegou logo em seguida**. Disse que um dos acusados foi pego do lado de fora do estabelecimento e que o de estatura mais baixa foi pego dentro da loja. (...) Disse que **um dos caixas estava escondido e conseguiu ligar para a polícia, que minutos depois chegaram para prendê-los em flagrante**. (...)"

> "(...) a testemunha de acusação Aurélio Lopes da Silva afirma que estava na viatura e chegou essa ocorrência pelo CIOPS e como estavam próximos ao local do crime em questão se dirigiram até lá. (…) **Disse que o Marcelo estava dentro do estabelecimento com as vítimas para se passar por cliente, no momento da prisão**. (...) Disse que as vítimas foram mantidas no escritório e que estas no momento da prisão reconheceram os acusados. Disse que o Marcelo no momento da prisão, ficou escondido no escritório para se passar como cliente e que o réu que foi lesionado a bala estava armado." (grifos nossos)

Como se constata, a prova oral coligida não indica e muito menos comprova por quanto tempo as vítimas foram mantidas restritas em sua liberdade, não se podendo avaliar se o lapso temporal da restrição de liberdade foi juridicamente relevante.

Acerca do tema, de bom alvitre conferir a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme ilustra os arestos abaixo colacionados:

> "A majorante prevista no inciso V do § 2º do art. 157 do CP exige, para a sua configuração, que a vítima seja mantida por tempo juridicamente relevante em poder do réu, sob pena de que sua aplicação seja uma constante em todos os roubos." (AgInt no REsp 1581894/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 31/08/2016)

> "O reconhecimento da incidência da causa de aumento de pena referente à restrição da liberdade das vítimas atende ao que estabelece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada no sentido de que, para a sua configuração, a vítima deve ser mantida por tempo juridicamente relevante em poder do agente." (AgRg no HC 230691/MS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 25/11/2016)

Dessa forma, razão assiste ao recorrente no tocante à exclusão da majorante em comento, ainda que desinfluente na fixação da pena, considerando que a pena foi elevada na fração mínima de 1/3 (um terço) ante a presença de duas outras causas de aumento da pena, concurso de agentes e emprego de arma.

No tocante à tese da ocorrência do roubo na forma tentada, a jurisprudência dos Tribunais Superiores adotou a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual se considera consumado o delito no momento em que o agente se torna possuidor da coisa subtraída, mediante violência ou grave ameaça, ainda que haja imediata perseguição e prisão, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima ou que haja posse tranquila da coisa roubada.

Acerca do tema, de bom alvitre conferir os precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal abaixo colacionados:

> "A consumação do crime de roubo se dá pela simples inversão da posse material da coisa, ainda que por breve tempo, pouco importando se tranquila, podendo haver, inclusive, retomada da coisa em virtude de perseguição imediata. Precedentes." (STJ, HC 397049/SC, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 02/10/2017)

> "2. O delito de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que por poucos instantes, sendo prescindível a

posse mansa, pacífica, tranquila e desvigiada do bem. Dessa forma, prevalece, tanto nesta Corte Superior quanto no Supremo Tribunal Federal a teoria da *amotio* ou *apprehensio*. 3. Inclusive, esse entendimento foi consolidado recentemente no enunciado n. 582 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: 'Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada'. No caso dos autos, houve a inversão da posse, sendo o bastante para configurar a consumação do delito de roubo, pois prescindível a posse mansa e pacífica." (STJ, HC 413092/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 27/09/2017)

Súmula 582 do STJ - Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.

"O Supremo Tribunal Federal já decidiu que 'O crime de roubo consuma-se quando o agente, após subtrair coisa alheia móvel, mediante o emprego de violência, passa a ter a posse da *res furtiva* fora da esfera de vigilância da vítima, não se exigindo, todavia, a posse tranquila do bem.' (RHC 119.611, Rel. Min. Luiz Fux)." (STF, HC 123314/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, DJe-093, 05/05/2017)

"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a posse mansa e pacífica da coisa subtraída não é necessária para a consumação do delito de roubo." (STF, RHC 118627/RJ, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe-048 12/03/2014)

Trata-se também de entendimento sumulado por esta Corte Estadual de Justiça:

> **Súmula 11 – 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*.**

Quanto ao emprego de arma na prática delitiva, cumpre pontuar que nem a apreensão nem a perícia do objeto são imprescindíveis para a configuração da causa de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, quando comprovada sua utilização por outros meios de prova, como no caso concreto, com base no depoimento da vítima.

A jurisprudência dos tribunais superiores pátrios firmou esse entendimento, como ilustram os seguintes julgados:

> "1. Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção deste Tribunal Superior, para o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão do objeto e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (EResp 961.863/RS).
> 2. O poder vulnerante integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP." (STJ, HC 336545/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 09/08/2016)

> "A Terceira Seção do STJ, no julgamento do EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a incidência da aludida majorante prescinde de apreensão e perícia da arma, notadamente quando comprovada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas." (STJ, HC 354566/MS, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, DJe 24/06/2016)

> "Não há obstáculo à incidência da causa de aumento do emprego de arma a falta de apreensão da faca, de uso atestado pela palavra da vítima." (STJ, HC 214150/MG, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 25/02/2016)

> "2. O reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma, quando provado o seu uso no roubo, por outros meios de prova. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não se exclui a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal por falta de apreensão da arma, quando comprovado o seu uso por outro meio de prova. Precedentes. 4. O Pleno desta Corte consolidou entendimento de que exigir uma perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no plano das especulações acadêmicas, teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas, de modo a que a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do CP dificilmente poderia ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restassem presos em flagrantes, empunhando o artefato ofensivo. Precedentes." (STF, HC 104273/MS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe-025, 08/02/2011)

Assim, demonstrada *quantum satis* e estreme de dúvidas a materialidade e a autoria do crime de roubo majorado pelo emprego de arma e em concurso de pessoas, encontra-se o édito condenatório devidamente fundamentado neste particular, em perfeita consonância com os preceitos legais e com a jurisprudência dos tribunais superiores aplicáveis à espécie.

Relativamente ao crime de falsidade ideológica, o recorrente foi identificado no inquérito policial inicialmente como sendo SAMUEL GOBIRA SANTOS LIMA, como consta da carteira de identidade cuja cópia repousa às fls. 83 evidentemente falsificada.

Dessarte, encontra-se devidamente comprovado pela prova documental supra aludida que a conduta descrita na exordial delatória corresponde ao crime de uso de documento falso capitulado no art. 304 do Código Penal, devendo, por conseguinte, ser aplicado no vertente feito as

hipóteses previstas nos arts. 383, *caput*, e 617, ambos do Código de Processo Penal, que preceituam:

> Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.
>
> **Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.**

No ponto, vale conferir os seguintes julgados:

> "Nos moldes do entendimento sufragado no âmbito deste STJ, cuidando-se de hipótese de *emendatio libelli*, e não de *mutatio libelli*, mostra-se despicienda a abertura de vista à defesa para prévio contraditório, tendo em conta que o réu se defende dos fatos, e não da capitulação jurídica descrita na inicial acusatória." (REsp 1520203/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 01/10/2015)
>
> "1. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal.
> 2. Havendo adequada descrição dos fatos na exordial acusatória - como ocorre na hipótese -, não há ofensa ao referido postulado quando o Tribunal Regional, autorizado pela norma contida no artigo 617 do Código de Processo Penal, lhes atribui definição jurídica diversa da proposta pelo órgão acusatório.
> 3. Quanto ao ponto, é imperioso destacar que é perfeitamente possível que o Tribunal, em segundo grau de jurisdição,

aplique a *emendatio libelli*, só não se admitindo que realize a *mutatio libelli*, nos termos do enunciado 453 do Supremo Tribunal Federal." (HC 295069/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 11/03/2015)

"O réu se defende dos fatos que são descritos na peça acusatória, e não da capitulação jurídica dada na denúncia. Assim sendo, a adequação típica pode ser alterada tanto em primeira instância quanto em segundo grau, via *emendatio libelli*." (STJ, AgRg no HC 201343/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 10/10/2014)

"3. Se as circunstâncias do delito narradas na denúncia e consideradas na sentença condenatória são as mesmas, mas apenas a tipificação do crime foi alterada, a hipótese é de *emendatio libelli*, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, não de *mutatio libelli* (art. 384 do CPP).
4. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia, não da capitulação legal a eles atribuída pelo Ministério Público." (HC 205599/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 07/04/2014)

"A desclassificação do crime de gestão fraudulenta para estelionato é perfeitamente possível, quando, ao utilizar o instituto da *emendatio libelli*, previsto no artigo 383 do CPP, o Tribunal apenas dá nova classificação jurídica aos fatos descritos na denúncia, sem alterá-los." (AgRg no AREsp 210218/RS, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (Des. convocado do TJ/PR), DJe 26/03/2013)

"Se Tribunal *a quo*, ao julgar o recurso de apelação, tão somente condena o Paciente pelo delito por que fora denunciado, sem inovar nos fatos narrados na inicial acusatória, não incorre em indevida *mutatio libelli*, tendo apenas promovido jurídica *emendatio libelli*." (HC 183421/PE, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 09/10/2012)

Portanto, em consonância com a jurisprudência supra aludida, deve ser desclassificada a conduta do apelante para o crime de uso de documento falso capitulado no art. 304 do Código Penal, *litteris*;

> **"Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:**
>
> **Pena - a cominada à falsificação ou à alteração."**

Para fins de aplicação da pena, impende observar que o art. 297 a que se refere o dispositivo legal supra trata do crime de falsificação de documento público, cuja pena é de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão e multa, mais gravosa que a pena cominada para o crime de falsidade ideológica previsto no art. 299 do mesmo *Codex*, devendo permanecer inalterada a reprimenda aplicada no caso concreto, considerando que somente o réu apelou da sentença e em consonância com o princípio da *non reformatio in pejus*.

Em relação ao prequestionamento constitucional, ao contrário do que alega a defesa do recorrente, a hipótese dos autos é de roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de pessoas, na modalidade consumada, e uso de documento falso, conforme acima expendido, não se vislumbrando na sentença recorrida nenhuma violação aos princípios da Cidadania e da Dignidade da Pessoa Humana nem tampouco aos dispositivos da Constituição Federal indicados pelo recorrente.

A uma porque os fatos narrados na denúncia, que foram devidamente comprovados durante a instrução processual, constituem infração penal tipificada no art. 157, § 2º, I e II, e no art. 304, ambos do Código Penal. A duas porque existe prova suficiente para a condenação do réu, consistente das declarações das vítimas, da prova testemunhal, e da própria confissão, restando configurada a modalidade consumada, em conformidade com a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Da mesma forma em relação ao prequestionamento federal, porquanto não se verifica no caso concreto qualquer violação aos dispositivos legais aplicáveis à espécie.

Por fim, quanto ao requisito repercussão geral, não há, como acima visto, nenhuma dúvida acerca da condenação do apelante, haja vista que restou comprovado *quantum satis* e estreme de dúvidas a materialidade e a autoria dos crimes de roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de agentes e de uso de documento falso.

Isso posto, conheço do apelo, para lhe dar parcial provimento, tão somente para excluir a majorante prevista no inciso V do § 2º do art. 157 do Código Penal e, de ofício, desclassificar o crime de falsidade ideológica para o delito de uso de documento falso, permanecendo inalteradas as penas aplicadas.

É como voto.

Fortaleza, 9 de março de 2018.

PROCESSO: 0983713-03.2000.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: MÁRCIO AZEVEDO DE SOUSA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. MAURO FERREIRA LIBERATO

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELANTE CONDENADO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE, PRATICADO SOB A VIGÊNCIA DA LEI N.º 6.368/1973 (ART. 12). PENA FIXADA EM 03 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO, CONSISTENTE NA MÍNIMA LEGALMENTE PREVISTA À ÉPOCA DOS FATOS. PLEITO DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO, INSTITUÍDA NO ARTIGO 33, § 4º, DA ATUAL LEI DE TÓXICO. INADMISSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS. LEGISLAÇÃO NOVA APLICADA NA ÍNTEGRA POR SER MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA, PARA REDIMENSIONAR A SANÇÃO IMPOSTA. NA SEQUÊNCIA, RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

1. Sobre a aplicação da lei penal no tempo, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 600.817/RG, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, consolidou entendimento de não ser possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena

de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes. (RE 600817, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

2. O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha, pacificou esse entendimento, inserto no Enunciado n.º 501, reconhecendo ser "cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis".

3. A pequena quantidade da droga apreendida em poder do apelante, a ausência de demonstração nos autos de reiteração delitiva e de qualquer notícia de seu envolvimento anterior ou posterior com o tráfico ilegal são elementos hábeis a sugerir a não dedicação do réu à atividade criminosa, sendo-lhe, portanto, permitida a aplicação da causa de diminuição pretendida, cuja legislação deve ser aplicada na íntegra, por ser mais benéfica na hipótese.

4. Após redimensionada a pena de 03 (três) anos para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, impõe reconhecer, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva retroativa do fato típico atribuído ao recorrente.

5. Apelação conhecida e parcialmente provida. Extinção da punibilidade declarada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima epigrafados, acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em CONHECER da apelação interposta e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator, para, na sequência, reconhecer, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva retroativa do fato típico atribuído ao apelante, com fundamento no artigo 110, § 1.º, c/c art. 109, V, todos do Código Penal, extinguindo a punibilidade, com esteio no artigo 107, inciso IV, do mesmo Diploma Legal.

Fortaleza, 21 de fevereiro de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de *Apelação Criminal* interposta pela defesa de **Márcio Azevedo de Sousa** contra sentença proferida pelo douto juízo da 1.ª Vara de Delitos de Tráfico e Uso de Substâncias Entorpecentes da Comarca de Fortaleza, em 23/06/2010, condenando-o pela prática do crime previsto no artigo 12 da Lei n.º.368/1976 - norma vigente à época dos fatos -, em razão da conduta contra ele imputada na denúncia oferecida pelo representante do Ministério Público, nos seguintes termos:

> "Segundo restou, minudentemente, apurado no incluso inquisitório policial, o qual serve de supedâneo à atual peça delatória, no dia 23 de agosto do ano em curso (2003), ao derredor das 16:00 horas, policiais militares, lotados no serviço reservado da Polícia Militar, checavam uma informação prestada via CIOPS, dando conta de que, nas imediações da Rua Araquém, próximo ao numeral 1070, no Bairro Jardim Iracema, havia uma constante movimentação de comércio ilícito de entorpecentes.
> Chegando no (sic) local apontado como sendo palco da venda de entorpecentes, os milicianos nada encontraram,

sendo certo que resolveram incrementar a operação policial pelos arredores, ao que, ao aportarem na Rua denominada Edgar Damasceno, próximo a uma farmácia da rede Pague Menos, os militares denotaram a presença do delatado, o qual se fazia acompanhar de dois outros nacionais, no caso, FRANCISCO AELSON ARAÚJO DE OLIVEIRA e FRANCISCO GILIARDE DA SILVA LOPES"

Com efeito, ao vislumbrar a aproximação dos policiais, o denunciado MÁRCIO AZEVEDO DE SOUSA tratou logo de se desfazer de um saco plástico que portava em suas mãos, jogando-o ao solo, atitude esta seguida pelos 'FRANCISCOS' que, igualmente, lançaram, cada um, um pequeno objeto que portavam.

Desconfiados da repentina ação do prefalado trio, os policiais resolveram abordá-los, momento em que, constataram que o invólucro plástico 'dispensado' por MÁRCIO continha, na verdade, 09 (nove) pedras de maconha prensada e, os outros dois objetos lançados por FRANCISCO AELSON e FRANCISCO GILIARDE, em igual consonância, tratava-se da mesma erva malfazeja.

Providenciada uma busca pessoal nos agentes, eis que os policiais lograram êxito em arrecadar a importância de R$ 27,50 (vinte e sete reais e cinquenta centavos) que se encontrava em poder de Márcio, sendo tal quantia dividida em duas notas de R$ 10,00, cinco notas de R$ 1,00, uma nota de R$ 2,00 e, finalmente, duas moedas de R$ 0,25 centavos.

Presos e autuados em flagrante delito, FRANCISCO AELSON ARAÚJO DE OLIVEIRA e FRANCISCO GILIARDE DA SILVA LOPES foram unânimes em afirmar perante a autoridade policial, reitora do inquérito, frise-se na presença de seu advogado, que haviam adquirido as duas pedras da erva da pessoa do denunciado pela quantia de R$ 10,00 (dez reais), consoante depoimentos acostados às fls. 04/06.

Já MÁRCIO AZEVEDO DE SOUSA, ora denunciado, admitiu a propriedade dos 09 (NOVE) tabletes de MACONHA PRENSADA mas asseverou que a droga era destinada para seu consumo. Entretanto, num deslize, ponderou que 'estava dando as duas balas de maconha para os galegos'".

Na sentença de folhas 237/242, o douto juízo de origem condenou o acusado à pena de 03 (três) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e de 50 (cinquenta) dias-multa, sem, todavia, fixar o respectivo valor unitário. Na sequência, à luz do disposto no artigo 44 do Código Penal, substituiu a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da sanção substituída, em hospitais, escolas, orfanatos ou outros estabelecimento congêneres, por sete horas semanais, sem prejuízo de sua jornada normal de trabalho.

Nas razões recursais (folhas 245/253), o apelante atém-se apenas ao cálculo dosimétrico, postulando a diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, sob a alegativa de ser possível a aplicação retroativa dessa lei penal mais benéfica, bem como de ser primário, possuidor de bons antecedentes, não integrar organização criminosa e não se dedicar à atividade criminosa.

O Ministério Público apresentou contrarrazões à folha 264, postulando a total confirmação da sentença.

Nesta instância, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria Geral de Justiça que, no parecer de folhas 271/274, opinou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

Do juízo de admissibilidade recursal:

A apelação é tempestiva e preenche os demais pressupostos recursais objetivos e subjetivos, motivo pelo qual dela conheço.

TESES RECURSAIS:

Após revelarem-se comprovadas a materialidade do crime e a autoria delitiva, avanço para a tese ora suscitada.

Conforme relatado, o apelante, a despeito de haver sido condenado na pena mínima estabelecida no artigo 12 da Lei n.º 6.368/1976 - norma vigente à época dos fatos -, postula associar a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, sob a alegativa de ser primário, possuidor de bons antecedentes, não integrar organização criminosa e não se dedicar à atividade criminosa.

Nesse contexto, importa registrar que o delito imputado ao recorrente fora praticado em 23/08/2003, portanto, sob a vigência daquela primeira norma aludida, cujo intervalo de punição era estabelecido entre 03 (três) anos e 15 (quinze) anos de reclusão.

Por sua vez, a Lei n.º 11.343/2006, subsequente, ao mesmo tempo em que eleva a pena mínima anteriormente prevista para 05 (cinco) anos de reclusão, tornando mais grave a sanção aplicada para o crime, institui uma causa de diminuição da reprimenda em até dois terços a beneficiar aquele agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica às atividades criminosas nem que integra organização criminosa, a teor do artigo 33, § 4.º.

Ao recorrente, na sentença condenatória, foi aplicada a pena mínima prevista na Lei n.º 6.368/1976 e, conforme já mencionado, a defesa pretende adicionar, no cálculo dosimétrico, a minorante prevista na lei atualmente vigente.

Nessa perspectiva, sobre a aplicação da lei penal no tempo, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 600.817/RG, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, consolidou entendimento de não ser possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes. Conclui, assim, que o judicante deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade (RE 600817, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha, pacificou esse entendimento, inserto no Enunciado n.º 501, reconhecendo ser "cabível a

aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis".

De didática compreensão, a doutrina também subsidia esse já sedimentado posicionamento:

> "Pensamos não deva o juiz combinar leis penais (...). Mas é viável que ele faça uma análise de qual lei é a mais favorável ao réu no caso concreto. Em primeiro lidar, o magistrado deve realizar a seguinte projeção: a) levando em consideração a nova lei, no seu conjunto, incluindo a pena mínima de cinco anos, verificará, concretamente, qual seria a diminuição que o réu ou condenado mereceria. Ora, se atingisse o patamar de metade (entre um sexto e dois terços), exemplificando, deve utilizar a lei nova, pois a pena caíra para dois anos e seis meses de reclusão (cinco anos menos metade). Houve benefício ao acusado, cuja pena era de três anos de reclusão; b) se levar em conta a lei nova, tomando por base a pena mínima de cinco anos e perceber que o réu, concretamente, merece a diminuição mínima de um sexto, sua pena seria de quatro anos e dois meses, o que significa ser desvantajoso a utilização da lei nova. Mantém, então, a pena em três anos de reclusão, conforme a anterior Lei n. 6.368/76. Não aplica, em suma, a lei nova. Em nosso entendimento, contrário que somos à combinação de leis penais, pois o juiz não é legislador, depende do caso concreto para sabermos se é viável a aplicação da lei nova ou a mantença da pena, conforme os critérios anteriores" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 17 ed., 2017, p. 38).

A ser assim, constatado ser indevida a combinação das leis penais, faz-se necessário avaliar qual normativo revela-se mais benéfico ao acusado na hipótese dos autos, medida não procedida pelo douto magistrado de primeiro grau, , *incontinenti*, afastou a causa de diminuição prevista na lei nova, cuja retroatividade entendeu inaceitável.

A propósito, acerca da alusiva minorante, importa destacar que, na forma do disposto no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, as

penas impostas para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que cumpridos cumulativamente os pressupostos de 1) ser o agente primário, 2) possuir bons antecedentes, 3) não integrar organizações criminosas, bem como 4) não se dedicar a atividades criminosas.

Nessa ótica, e em consulta aos autos, não se vislumbram registros de sentenças condenatórias com trânsito em julgado em desfavor do recorrente - circunstância capaz de afastar a reincidência e os maus antecedentes -, nem assim demonstração de que faça parte de organização criminosa, destacando, neste tocante, ser ônus da acusação "comprovar a impossibilidade de aplicação da referida causa de diminuição de pena" (LIMA, Renato Brasileiro de, Legislação criminal especial comentada: volume único, 4. Ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 759).

Resta, então, analisar aquele último requisito.

Na mesma obra doutrinária acima especificada, o mencionado autor explica, ao reverso, que a não dedicação a atividades criminosas revela-se quando o agente desenvolve "tipo de atividade laborativa lícita e habitual, não apresentando personalidade voltada para a criminalidade, sendo o crime de tráfico a ele imputado naquele processo um evento isolado em sua vida" (Legislação criminal especial comentada: volume único, 4. Ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 757).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, vem decidindo ser possível "considerar-se o contexto da prática delituosa, a quantidade e a natureza da droga no afastamento da causa de diminuição da pena" (HC 138212, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 19/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 02-10-2017 PUBLIC 03-10-2017).

Idem para o entendimento adotado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ao deliberar que "a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006". (HC 409.415/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017).

Na hipótese, as circunstâncias evidenciadas no momento da prisão em flagrante do réu - a saber, portando 150g de maconha, acondicionada em embalagens próprias para destinação mercantil, juntamente com cédulas de dinheiro de pequeno valor (fl. 15), bem como na companhia de dois adquirentes/usuários da substância entorpecente, os quais, embora hajam mudado a versão em juízo (fls. 139/142), confessaram administrativamente a respectiva compra (fls. 10/12) - permitem concluir, seguramente, pela prática, naquela ocasião, da mercância ilícita, tanto que a condenação sequer fora questionada no arrazoado.

Por outro lado, a pequena quantidade da droga apreendida em poder do apelante, a ausência de demonstração nos autos de reiteração delitiva e de qualquer notícia de seu envolvimento anterior ou posterior com o tráfico ilegal são elementos hábeis a sugerir a não dedicação à atividade criminosa, sendo-lhe, portanto, permitida a aplicação da causa de diminuição pretendida.

De certo que "a redução da pena não constitui mera faculdade conferida ao magistrado, mas direito subjetivo do réu, desde que presentes os requisitos" (MARCÃO, Renato, Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: anotada e interpretada, 11. ed., 2017, p. 147), o contexto fático se amolda às diretrizes impostas para a obtenção do benefício, inclusive, em seu grau máximo, ou seja, dois terços.

Subtraindo, portanto, esse patamar da pena mínima de 05 (cinco) anos prevista na Lei n.º 11.343/2006, aplicada aqui em sua integralidade, resulta na sanção de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, traduzindo reprimenda mais favorável que aquela imposta na sentença condenatória de 03 (três) anos de reclusão, apoiada na lei anterior.

A decisão, então, deve ser reformada para redimensionar a pena de 03 (três) anos de reclusão para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão.

Nesse contexto, sabendo-se que a prescrição da pretensão punitiva é hipótese de extinção da punibilidade (artigo 107, IV, do Código Penal) e que, por ser matéria de ordem pública, deve ser decretada de ofício pelo órgão julgador, faz-se imprescindível reavaliá-la após a readequação da reprimenda imposta.

Nos termos do art. 110, § 1.º, do Código Penal, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, a prescrição regula-se pela pena aplicada, verificando-se nos prazos fixados no artigo 109 daquele diploma legal.

Na hipótese, ao redimensionar a pena para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a prescrição verificar-se-á em 04 (quatro) anos, por não exceder a 02 (dois) anos.

Considerando que transcorreram mais de 06 (seis) anos entre a data do recebimento da denúncia em 03/09/2003 (folha 47) - marco interruptivo do prazo prescricional, a teor do artigo 117, inciso I, do Código Penal - e a publicação da sentença em 29/06/2010, o reconhecimento da prescrição é medida que se impõe, "afastando todos os efeitos principais (aqueles concernentes à imposição das penas ou medidas de segurança) e secundários da sentença penal condenatória (custas, reincidência, confisco, etc.), incluindo-se nesses últimos o efeito civil de que trata o art. 91, I, do Código Penal" (REsp 678.143/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 30/04/2013).

A pena de multa resta igualmente prescrita, por força do disposto no artigo 114, inciso II, do Código Penal.

Dispositivo

Diante do exposto, CONHEÇO do recurso apelatório interposto e dou-lhe parcial provimento, a fim de redimensionar a pena aplicada de 03 (três) anos de reclusão para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão.

Em consequência, reconheço, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva retroativa do fato típico atribuído ao apelante, com fundamento no artigo 110, § 1.º, c/c art. 109, V, todos do Código Penal, extinguindo a punibilidade, com esteio no artigo 107, inciso IV, do mesmo Diploma Legal.

É como voto.

Fortaleza, 21 de fevereiro de 2018.

HABEAS CORPUS

PROCESSO: 0620679-03.2018.8.06.0000 - HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE: CAIO DOS SANTOS DA SILVA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO ATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO CONFIGURAÇÃO. TRÂMITE DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE. SÚMULA 64 DO STJ. ORDEM DENEGADA.

01 – Cediço que o prazo legalmente estabelecido para a conclusão da instrução criminal não é absoluto e o constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada.

02 – No caso em exame, o feito vem tendo regular andamento, não obstante a ocorrência de uma certa demora, e o atraso justifica-se em razão da contribuição da defesa (Súmula 64/STJ), que não apresentou a defesa preliminar do acusado, motivando o magistrado a designar a Defensoria Pública para assistir o Paciente. Ademais, já se encontra designada data próxima para a realização da audiência de instrução e julgamento.

03 – Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2a Câmara Criminal do Tribunal

de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em denegar a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 7 de março de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de **Caio dos Santos da Silva**, figurando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 1ª Vara de Delitos de Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza.

Extrai-se dos autos que o Paciente foi preso em flagrante delito, em 24-05-2017, teve a prisão convertida em preventiva e foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06, e art. 333, do Código Penal.

No presente writ, a Defesa pugna pelo relaxamento da prisão alegando excesso de prazo na instrução processual.

A liminar foi indeferida à fl. 64.

Foram prestadas informações pelo Juízo de origem às fls. 68-70.

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pela denegação da ordem (fls. 74-79).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

Como visto, o objeto do presente habeas corpus cinge-se ao exame acerca do excesso de prazo da prisão.

A decisão que indeferiu o pedido de relaxamento da prisão formulado em favor do Paciente lastreou-se nos seguintes fundamentos:

> "[...].
> O alegado excesso de prazo máximo de duração da prisão cautelar do denunciado depende de exame acurado, observando-se critérios que compõem o princípio da

> razoabilidade e que permitem a dilação desse prazo, até um limite razoável.
> *In casu*, tendo em vista a complexidade do processo, contando com relevante quantidade de entorpecentes apreendida (maconha), havendo a necessidade de encaminhar os autos a Defensoria Pública, não vislumbro ilegalidade na manutenção da segregação provisória do delatado.
> Além do mais, deve-se considerar o período de transição da mudança do procedimento relativo à tramitação dos inquéritos policiais, após a instalação da Vara de Audiência de Custódia, porquanto as investigações policiais passaram a ser vinculadas à análise das prisões em flagrante delito, fato que gerou um justificado excesso de prazo no oferecimento das denúncias.
> Não há, de modo algum, desídia ou omissão por parte do Ministério Público, nem por parte dos servidores deste Juízo, devendo o alegado excesso ser encarado como consequência de uma mudança procedimental, a qual veio para beneficiar os acusados de cometimentos de delitos.
> Este Juízo tem procurado imprimir celeridade ao processo, buscando encerrar a instrução da forma mais célere possível, mesmo com as limitações imposta a esta Vara de Tóxico.
> Portanto, constata-se que o feito possui normal andamento, não se verificando dilação processual que extrapole o razoável.
> […].
> Assim, não vejo qualquer irregularidade concreta do desenvolvimento da persecução penal, ou desídia deste Juízo, a ensejar a caracterização de indevido excesso de prazo para o encerramento da instrução processual.
> [...]". (fls. 24-25)

Os informes prestados pela autoridade impetrada (fls. 69-70) dão conta de que o ora Paciente foi preso em flagrante delito em 24-07-2017, porque trazia consigo 55g de maconha, R$ 23,00 em espécie e 3 aparelhos de telefonia celular móvel. Noticiam, ainda, as informações que o Ministério Público ofertou denúncia em 26-07-2017. O acusado foi notificado a apresentar defesa preliminar, em 10-08-2017, ofertando a defesa prévia somente em 05-12-2017. Na sequência, foi recebida a denúncia, em 13-12-2017, assinalando-se o dia 20-03-2017, para audiência de instrução e julgamento.

Cediço que o prazo legalmente estabelecido para a conclusão da instrução criminal não é absoluto e o constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada.

No caso em exame, entretanto, após examinar os fundamentos declinados na decisão objurgada bem como as informações prestadas pelo magistrado condutor do feito, tenho que o apontado constrangimento ilegal não está configurado, embora não se desconsidere a ocorrência de uma certa delonga.

Das informações prestadas pela autoridade coatora, e das colhidas através de consulta ao sistema processual desta Corte de Justiça, observa-se que o atraso se deve, em parte, à Defesa, considerando a desídia do advogado constituído pelo réu, que apesar de regularmente intimado não apresentou defesa prévia, circunstância que, inclusive, motivou o Magistrado a designar a Defensoria Pública para atuar na defesa do Paciente, no intuito de imprimir regular andamento ao feito, não se vislumbrando, *a priori*, qualquer desídia do Estado Juiz na condução do processo.

Faz-se, assim, incidir o entendimento consagrado na Súmula 64 do Superior Tribunal de Justiça: "Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa."

Por fim, destaque-se que foi designada audiência de instrução para o dia 20-03-2018, avizinhando-se, assim, o encerramento da fase probatória.

Nesse contexto, não enxergo o alegado constrangimento ilegal.

À vista do exposto, denego a ordem.

É como voto.

Fortaleza, CE, 7 de março de 2018.

PROCESSO: 0621594-52.2018.8.06.0000 - HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: IGOR PINHEIRO COUTINHO
PACIENTE: VIVIANE MARIA DE CASTRO SILVA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 14ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. MEDIDAS CAUTELARES. INSUFICIÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

01 - Cediço que a segregação antes da sentença condenatória definitiva deve ser considerada medida de exceção, só autorizada mediante a demonstração da presença de pelo menos um dos pressupostos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, ou seja, com a finalidade de assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

02 – Na espécie, o Juízo de primeiro grau apontou motivação suficiente para justificar a necessidade de privar a ré cautelarmente de sua liberdade, ao ressaltar o fundado risco de reiteração delitiva, em virtude da "quantidade excessiva de antecedentes criminais".

03 - A situação concreta dos autos demonstra que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não seriam suficientes ao fim almejado de proteção da ordem pública, tendo em vista o já mencionado histórico delitivo da Paciente

04 – Habeas corpus denegado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em denegar a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do relator.

Fortaleza, CE, 18 de abril de 2017.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de **Viviane Maria de Castro Silva**, presa em flagrante delito, em 28-12-2017, acusada da prática, em tese, do delito tipificado no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal Brasileiro, figurando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 14ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza.

Aduz-se na impetração, em essência, não haver sido indicada motivação suficiente para justificar a decretação da prisão preventiva da ré, salientando a possibilidade de que a segregação seja substituída por medidas cautelares alternativas, dispostas no art. 319, do Código de Processo Penal.

Indeferida a liminar (fl. 28), prestadas as informações - fls. 31-32, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer que assenta nas fls. 36-41, pela denegação da ordem.

É, no que há de relevante, o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

A impetração pretende, em essência, a revogação da prisão preventiva da Paciente que foi decretada com base na seguinte fundamentação:

> "[...].
> Consta no presente instrumento que policiais militares foram acionados via ciops, por volta das 10h00mim do dia 28 de dezembro de 2017, informando uma ocorrência de furto praticado por duas mulheres, nas proximidades da Igreja da Sé, de forma que chegando ao local, as duas autuadas, já

> haviam sido detidas por populares e feirantes, diante destas circunstâncias fora dada voz de prisão em flagrante delito para as duas autuadas, identificadas como: VIVIANE MARIA DE CASTRO SILVA E MARIA LENILDA DE OLIVEIRA. Cumpri-se salientar a quantidade excessiva de antecedentes criminais de ambas as autuadas, conforme fls.31/56.
> Verifica-se de logo, ainda que em prelúdio cognitivo, haver prova da materialidade e indícios suficientes de autoria do delito acima mencionado, nos moldes do que exige o art. 312 do Código de Processo Penal.
> [...]". (fls. 15-19)

A Defesa ajuizou pedido de liberdade perante o Juízo a quo, que indeferiu a súplica. A decisão consignou que:

> "Não obstante bem arrazoado o pedido da requerente, entendo que a manutenção da prisão, como medida de cautela, é decisão que se impõe no momento. Persistem ainda hoje os motivos e os fundamentos da ordem de prisão cautelar, adotada quando do conhecimento do flagrante.
> […].
> No caso em tela, estão presentes os requisitos expressos no artigo 312 do Código de Processo Penal, razão pela qual a prisão deve ser mantida. Ainda, necessária se faz a garantia da ordem pública, pois a prisão não visa apenas à proteção do processo ou da pretensão condenatória, mas também à proteção da ordem pública, interesse que vai além do feito, levando-se em conta a sociedade como um todo. Nem mesmo eventual primariedade e alegação de possuir residência fixa e ocupação lícita têm o condão, por si sós, de conferir ao suplicante direito à liberdade provisória.
> […].
> Enfim, no caso concreto, não há falar violação ao princípio da presunção de inocência, ou mesmo da dignidade da pessoa humana, os quais não constituem óbice à efetivação de medidas cautelares, tal como a prisão preventiva.
> [...]". (fls. 22-24)

Cediço que a segregação antes da sentença condenatória definitiva deve ser considerada medida de exceção, só autorizada mediante a demonstração da presença de pelo um dos pressupostos elencados no art.

312 do Código de Processo Penal, ou seja, com a finalidade de assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

Da leitura dos excertos, extrai-se que o Juízo de primeiro grau apontou motivação suficiente para justificar a necessidade de privar a ré cautelarmente de sua liberdade, ao ressaltar o fundado risco de reiteração delitiva, em virtude da "quantidade excessiva de antecedentes criminais".

Dessa forma, justifica-se a imposição da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, a fim de se evitar a reiteração delitiva por parte da Paciente.

Nesse sentido:

> REITERAÇÃO DELITIVA. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.
> 1. Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar para garantia da ordem pública, especialmente em elemento extraído da conduta perpetrada pelo acusado, qual seja, a reiteração delitiva, eis que consignado pelas instâncias de origem que o paciente ostenta condenação criminal com trânsito em julgado pelo crime de roubo circunstanciado. 2. Ordem denegada. (HC 327.892/MG, Rel. MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2015, DJe de 01/9/2015)

De igual forma, a situação concreta dos autos demonstra que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não seriam suficientes ao fim almejado de proteção da ordem pública, tendo em vista o já mencionado histórico delitivo da Paciente.

Diante do exposto, em consonância como parecer da douta PGJ, denego a ordem.

É como voto.

Fortaleza, 18 de abril de 2018.

PROCESSO: 0625890-54.2017.8.06.0000 - HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: MARIA ERBENIA RODRIGUES
PACIENTE: JOÃO PAULO CARNEIRO DE MORAIS
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS DE FORTALEZA
RELATOR: DES. FRANCISCO MAURO FERREIRA LIBERATO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 33, LEI Nº 11.343/06 E ART. 16 DA LEI Nº 10.826/2003). NULIDADE NA PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PREVENTIVA. NOVO TÍTULO PRISIONAL. NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO NESTA PARTE. ALEGATIVA DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA PRISÃO PREVENTIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ORDEM DE CUSTÓDIA FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DE SEGREGAÇÃO DE LIBERDADE. PARECER PELO CONHECIMENTO PARCIAL E DESPROVIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E NESTA PARTE DENEGADA

1. Trata-se de *habeas corpus,* com pleito de liminar, no qual requer a impetrante a concessão da liberdade do paciente alegando, em suma, a ilegalidade da prisão em flagrante, bem como a ausência de fundamento na prisão cautelar. Paciente preso em 06 de maio de 2017.

2. Réu acusado de prática de delitos de tráfico

ilícito de entorpecentes e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 33, Lei nº 11.343/2006 e art. 16 da Lei nº 10.826/2003)
3. Indicação de que a prisão em flagrante seria ilegal. Alegativa prejudicada considerando que a custódia fora convertida em prisão preventiva produzindo com isso novo título prisional. Ordem não conhecida neste ponto.
4. Alegativa de carência de fundamentos na prisão preventiva não configurada. Prisão adequadamente fundamentada, indicando de forma concreta a periculosidade do paciente e motivos que autorizam a segregação cautelar. Ilegalidade não evidenciada. Não há que se falar em constrangimento ilegal decorrente da segregação do réu quando se mostra indispensável à garantia da ordem pública. Ordem conhecida e denegada neste ponto.
5. Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça pela conhecimento parcial e na parte conhecida a denegação da ordem.
6. Ordem parcialmente conhecida e nesta parte denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos o presente *habeas corpus*, acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, conhecer parcialmente do presente *habeas corpus* mas, na parte conhecida, denegar a ordem, nos termos do voto do eminente Relator.

Fortaleza, 06 de setembro de 2017

RELATÓRIO

Trata-se de habeas corpus (fls. 01/13) impetrado, em 30 de julho de 2017, em favor do paciente João Paulo Carneiro de Morais**,** alegando que a prisão em flagrante sofrida deve ser considerada ilegal. Indica ainda que a prisão preventiva imposta ao paciente estaria carente de fundamentos, motivo pelo qual deveria ser declarada ilegal.

O paciente foi preso em flagrante pelos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 33, Lei nº 11.343/2006 e art. 16 da Lei nº 10.826/2003), encontrando-se preso desde de 06 de maio de 2017.

Com a inicial foram acostados os documentos de fls. 14/77.

As informações requeridas à impetrada foram oferecidas onde o juiz informou sobre andamentos do feito penal. (fls. 87/90)

Instada a se pronunciar a respeito da ordem de habeas corpus, a Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se no sentido de seu conhecimento parcial e, na parte conhecida, negar provimento. (fls. 93/101)

Em suma, são estes os fatos essenciais a serem relatados.

Segue a decisão.

VOTO

Conforme visto, trata-se de *habeas corpus* no qual o impetrante requer a concessão de liberdade em favor do paciente alegando que a prisão em flagrante sofrida por este deve ser considerada ilegal. Indica ainda que a prisão preventiva imposta ao paciente estaria carente de fundamentos, motivo pelo qual deveria ser declarada ilegal.

Primeiramente, em relação à existência de ilegalidades na prisão em flagrante temos que considerar que a prisão foi convertida em custódia preventiva, fazendo surgir um novo título prisional, com novos fundamentos. Com isso temos por perdido o objeto em relação a alegativa apresentada. Nesta parte não conheço do presente *habeas corpus*.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA
> Habeas corpus. Processual Penal. Paciente denunciado, com outros 18 coacusados, por formação de quadrilha ou bando armado, corrupção ativa qualificada (por várias vezes) e crime contra a economia popular (arts. 288, parágrafo único; 333, parágrafo único, ambos do CPB; e art. 2º. da Lei 1.521/51). Excesso de prazo da instrução processual. Superveniência de sentença condenatória. Prejudicialidade. Precedentes. Prisão preventiva. Manutenção da custódia na sentença condenatória. Novo título prisional. *Writ* prejudicado.
> 1. A superveniência de sentença condenatória torna superada a questão relativa ao excesso de prazo da instrução criminal, conforme reiterada jurisprudência da Corte.
> 2. **A prisão cautelar do paciente, agora, decorre da própria sentença penal condenatória, tendo-se agregado fundamentos diversos daqueles que justificaram, a princípio, a decretação da custódia preventiva, o que supera o sustentado constrangimento ilegal deduzido no caso, pois, havendo condenação, eventual segregação dela agora é decorrente, e não mais da decisão que a decretou**.
> 3. Habeas corpus prejudicado. (Supremo Tribunal Federal, Hc 104227 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 26/04/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 08-06-2011 PUBLIC 09-06-2011)

Assim, em relação à eventual nulidade na prisão em flagrante entendo por não conhecer a ação de *habeas corpus* nesse ponto.

Em relação à ausência de fundamentos na ordem de prisão preventiva determinada contra o paciente, concluo que tal alegativa não prospera, estando o decreto prisional suficientemente lastreado e fundamentado.

O douto magistrado, quando da decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva reforça os motivos e argumentos que o

levaram a decretação da custódia cautelar e indicou os termos pelos quais entendeu que o paciente deveria permanecer restrito em sua liberdade, cite-se:

> "A quantidade de entorpecente apreendida, de natureza altamente nociva, leva à convicção do envolvimento e do engajamento dos agentes na prática delituosa. Destaque-se, ainda, a arma e a munição apreendida. A prisão preventiva, na espécie, e no caso concreto dos autos, é decretada como modo de fazer estancar a prática criminosa.
> Resta, portanto, demonstrada a ousadia e o menosprezo dos autuados.
> Pela ordem estabelecida, legitimando uma atuação mais rígida e firme do Poder Judiciário,mormente diante da necessidade de colaborar com o esforço do Estado na repressão ao tráfico de entorpecentes, por ser este crime uma das grandes mazelas modernas, dado o alto poder destrutivo das drogas na vida dos usuários (que se tornam reféns do vício), de suas famílias e da sociedade, além da violência disseminada, levando intranquilidade e desespero à população, podendo a liberdade do custodiado colocar em risco a ordem pública.
> (...)
> Quanto aos fundamentos da prisão preventiva, verifica-se que a custódia encontra-se devidamente embasada no previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, mostrando-se necessária para preservar a ordem pública. No caso em tela, a quantidade do material tóxico apreendido, bem como a natureza altamente danosa das substâncias apreendidas, são fatores que, somados às circunstâncias em que se deu a prisão, denotam a periculosidade social dos autuados e o seu maior envolvimento com o mundo do crime autorizando a manutenção da segregação para garantia da ordem pública.
> (...)
> Veja-se que, no caso do autuado João Paulo Carneiro de Morais há suspeitas de que o mesmo seja gerente da organização criminosa, responsável pelo tráfico de drogas no Bairro Lagamar; circunstância que somado com seus antecedentes criminais (fls.60) são indícios de sua ativa participação no delito lhe imputado neste APF.
> Atenta a estas razões, firmei convencimento de que, na espécie, se faz presente,de forma concreta, para preservação da ordem

> pública, a necessidade da prisão cautelar dos autuados, razão pela qual torna-se-me impossível conceder-lhe o benefício da liberdade provisória, sendo também insuficiente, repito, para tal desiderato, a aplicação de outra medida cautelar menos gravosa." (fls. 66/69)

Fica, portanto, evidenciado a existência dos fundamentos na ordem de prisão preventiva, especialmente se considerando a necessidade de proteção da ordem pública e a reiteração criminosa configurada. Esta resta comprovada através da certidão de antecedentes criminais que, conforme mencionado na decisão retro, repousa às fls. 60 do feito penal de origem e que indica:

> 1) Auto de prisão em flagrante n° 0138376-28.2017.8.06.0001, relacionado ao Inquérito Policial n° 310-109/2017, perante a 17ª Vara Criminal Vara de Audiências de Custódia.
> 2) Procedimento especial da lei antitóxicos n° 0021679-02.2009.8.06.0001, perante a 2ª Vara de Delitos do Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza. Inquérito por portaria. Art. 33 da Lei 11343/06. Aguardando designação de audiência de instrução e julgamento.
> 3) Ação penal n° 0964936-67.2000.8.06.0001, perante a 1ª Vara de Delitos do Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza. Art. 12 da Lei 6368/76. Remetido à delegacia de origem em 22/10/2002. Baixa definitiva em 22/05/2015. Arquivado definitivamente

A concreta e comprovada reiteração criminosa é argumento que claramente demonstra a existência da necessidade de prisão para garantia da ordem pública. Neste termos o entendimento da jurisprudência nacional, cite-se:

> PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL. **PRISÃO PREVENTIVA SUSPEITA DE ENVOLVIMENTO EM ASSOCIAÇÃO**

CRIMINOSA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Exige-se concreta motivação do decreto de prisão preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida.

3. Hipótese em que a segregação provisória foi devidamente fundamentada em elementos concretos, considerando o suposto envolvimento do paciente em organização criminosa especializada na prática de tráfico internacional de drogas, a grande quantidade de entorpecentes apreendidos, bem como a forma como os delitos vêm sendo praticados, isto é, através de várias ramificações no Brasil, o que evidencia a necessidade da custódia também para garantir a aplicação da lei penal.

4. Demonstrada a periculosidade concreta do acusado, denotando ser sua personalidade voltada para o cometimento de delitos, resta obstada a revogação da medida constritiva para garantia da ordem pública. Precedentes desta Corte.

5. Ordem não conhecida. (STJ - HC: 309306 SP 2014/0300774-7, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 10/03/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2015)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. **PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA**. POSSIBILIDADE CONCRETA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob

pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, ocasião em que se concede a ordem de ofício.

2. A segregação cautelar é medida excepcional, mesmo no tocante aos crimes de tráfico de entorpecente e associação para o tráfico, e o decreto de prisão processual exige a especificação de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Na hipótese, a prisão cautelar está devidamente fundamentada, ainda que de forma sucinta, pois há real existência de risco à ordem pública, pela reiteração delituosa caso a paciente permaneça solta, destacando-se a quantidade e a variedade das drogas encontradas com ela.

4. A possibilidade real de a paciente voltar a delinquir, caso seja colocada em liberdade, obsta, de igual modo, a aplicação de medida cautelar menos gravosa do que a prisão (dentre as previstas no art. 319 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 12.403/2011).

5. Condições pessoais favoráveis não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória quando a necessidade da prisão é recomendada por outros elementos, como na hipótese dos autos.

6. Ordem não conhecida. (STJ - HC: 302799 SP 2014/0218800-0, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 28/04/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/05/2015)

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGA (ART. 33 DA LEI 11.343/2006). **CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM CUSTÓDIA PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODO DE EXECUÇÃO DO DELITO E REITERAÇÃO CRIMINOSA**.

1. É idônea a fundamentação apresentada para justificar a prisão preventiva, já que lastreada em circunstâncias concretas e relevantes para resguardar a ordem pública, ante a periculosidade do agente, evidenciada pelas circunstâncias em que o delito fora praticado, e pelo fundado receio de reiteração criminosa.

2. Habeas corpus denegado. (STF - HC: 124684 MG , Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 09/12/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. **GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ESTRUTURADA. REITERAÇÃO DELITIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO**.

1. A ordem de custódia preventiva cujo teor contém fundamentos suficientes, demonstrativos da presença de uma das circunstâncias inscritas no art. 312 do Código de Processo Penal, como ocorreu na espécie, não consubstancia constrangimento ilegal, passível de reparação pela via do habeas corpus.

2. Existindo fortes indícios de que o acusado é pessoa envolvida com quadrilha voltada para o tráfico de drogas de forma reiterada e organizada, fazendo do crime o seu meio de vida, mostra-se justificada a custódia cautelar para a garantia da ordem pública, com a finalidade de evitar a reiteração criminosa.

3. Recurso ordinário improvido. (STJ - RHC: 56615 SP 2015/0030362-6, Relator: Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), Data de Julgamento: 24/03/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/04/2015) (negritos nossos)

Consoante é cediço doutrinária e jurisprudencialmente, são necessários para a decretação da prisão preventiva do réu os pressupostos "fumaça do cometimento do delito" *(fumus comissi delicti)* e "perigo da liberdade" *(periculum in libertatis),* ambos inclusos no art. 312 do Código de Processo Penal, além da existência de uma das hipóteses de admissibilidade do art. 313 do Código de Processo Penal.

O primeiro destes, a "fumaça do cometimento do delito" (*fumus comissi delicti*), consiste, nos moldes do art. 312 do Código de Processo Penal, na prova da existência do crime e em indícios suficientes de autoria, isto é, que existam nos autos elementos probatórios suficientes para a constatação da existência concreta delito e que, ao menos de modo indiciário, o réu concorreu para a sua prática.

Nesse sentido é a lição de Edilson Mougenot Bonfim:

> " Para que a prisão preventiva possa ser decretada, é preciso que exista prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (art. 312, *in fine,* do CPP). [...] Em processo penal, é comum o emprego do termo *fumus commissi delicti* (presença nos autos de elementos que indiquem a prática do delito por determinada pessoa). Trata-se, na verdade, de requisito para qualquer medida cautelar." (BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo penal.* Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84)

Todavia, exige-se também o "perigo da liberdade" (*periculum in libertatis)*, isto é, que o magistrado demonstre ao menos um dos fundamentos da prisão preventiva, aptos a justificar a decretação e manutenção no cárcere do preso provisório.

Nesse sentido a lição de Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly:

> " O segundo requisito cautelar é o *periculum in mora*, previsto no art. 312, primeira parte, do CPP. Esse dispositivo permite a prisão preventiva para as seguintes finalidades: a) garantia da ordem pública, b) da ordem econômica, c) garantia de conveniência da instrução criminal, d) segurança da aplicação da pena, e e) descumprimento de obrigação imposta em outra medida cautelar (parágrafo único do art. 312 do CPP)." (DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 200)

A concessão de *habeas corpus* necessariamente exige a prova de que o ato atacado é ilegal e ofensivo à ordem jurídica, onde reste evidente o direito líquido e certo. No presente caso não encontramos fundamento para a declaração de ilegalidade da prisão, sobretudo considerando todos os elementos indicados na decisão que decretou a prisão guerreada. Não há, portanto, direito liquido e certo a ser reconhecido.

Por todos os motivos já expostos fica evidente a impossibilidade de reconhecimento de qualquer ilegalidade na prisão do paciente, devendo o mesmo permanecer preso.

Isto posto, julgo pelo conhecimento parcial do presente *habeas corpus* porém na parte conhecida pelo seu total indeferimento.

É o voto.

Fortaleza, 06 de setembro de 2017

PROCESSO: 0625980-28.2018.8.06.0000 HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: CARLOS JOSÉ EVANGELISTA DE CASTRO
PACIENTE: GIVANILDO MARTINS DE AQUINO
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE TAMBORIL
RELATORA: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE E CÁRCERE PRIVADO. 1. TESES DE CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, NA PARTE EM QUE SE NEGOU AOS PACIENTES O DIREITO DE INTERPOR RECURSO DE APELAÇÃO EM LIBERDADE, E DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROCEDÊNCIA. RÉUS QUE PERMANECERAM EM LIBERDADE DURANTE TODO O PROCESSO, INICIADO EM 2011, NÃO SOBREVINDO FATO NOVO IDÔNEO A JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DA MEDIDA CONSTRITIVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 60, DO TJ/CE. 2. ALEGAÇÃO DE EXASPERAÇÃO INDEVIDA DA PENA. NÃO CONHECIMENTO. *WRIT* QUE NÃO PODE SER UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE APELAÇÃO CRIMINAL QUANDO NÃO HÁ PATENTE ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVA INCABÍVEL NA ESTREITA VIA MANDAMENTAL. Ordem parcialmente conhecida e, na extensão, concedida. 1. *In casu*, observa-se que o decreto prisional foi

lavrado com base em argumentação genérica, não demonstrando a autoridade impetrada a existência dos requisitos previstos em Lei, notadamente a existência de fato novo superveniente à soltura capaz de demonstrar o *periculum libertatis*.

2. Consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "*Tendo o réu permanecido solto durante toda a instrução processual, resta inviável a decretação da sua prisão preventiva na sentença, sem a demonstração da ocorrência de fatos novos que justifiquem concretamente o encarceramento*."(STJ - HC: 308955/PE, Data de Julgamento: 05/05/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/05/2015).

3. Circunstância que atrai a incidência da Súmula nº 60, desta Corte de Justiça, segundo a qual: "*É vedada nova decretação da prisão preventiva ao réu solto, durante a instrução criminal ou na sentença, sem que haja fatos novos capazes de demonstrar a necessidade da segregação cautelar*".

4. Diferente do que alegado pelo impetrante, o magistrado *a quo* justificou a aplicação da pena-base acima do mínimo legal para ambos os ilícitos, à luz do art. 59, do Código Penal. Desta forma, não verificado ato de coação ilegal ostensivo, resta inviabilizado o exame meritório do *mandamus* neste ponto, sobretudo em face da impossibilidade de profunda incursão probatória por essa exígua via, cuja utilização, como sucedâneo recursal, afronta diametralmente o princípio da unirrecorribilidade das decisões. Precedentes.

5. Ordem parcialmente conhecida e, na extensão, concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0625980-28.2018.8.06.0000, impetrado por José Evangelista de Castro, em favor de Givanildo Martins de Aquino, Antônio de Oliveira Costa e Fernando de Sousa Gomes, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Tamboril.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer parcialmente do presente *mandamus*, para conceder-lhe provimento na parte cognoscível, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 08 de agosto de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrada por José Evangelista de Castro, em favor de Givanildo Martins de Aquino, Antônio de Oliveira Costa e Fernando de Sousa Gomes, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Tamboril.

Consta nos autos que em 3 de maio de 2018 os pacientes foram sentenciados à pena privativa de liberdade de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses em regime inicial fechado pela suposta prática dos crimes previstos no art. 148, § 2º e art. 129, §1º, I, ambos do Código Penal Brasileiro, oportunidade em que lhes foram negados o direito de recorrer em liberdade e decretada prisão preventiva em seus desfavores.

Na inicial, alega o impetrante, em síntese, que houve exasperação injustificada da pena cominada aos pacientes e que não há motivos a justificarem sua segregação cautelar, bem como que não foi apontada fundamentação concreta pelo magistrado, salientando que os pacientes responderam à ação penal soltos desde seu início e que o recolhimento ao cárcere nesse momento desrespeitaria a princípio da presunção de inocência.

Arremata postulando a concessão da ordem liminarmente, por vislumbrar presentes os requisitos cautelares, e, no mérito, a sua confirmação, com a expedição dos competentes salvo conduto em favor dos pacientes.

Documentos diversos às fls. 14/54, em destaque: sentença (fls. 14/26); certidões de antecedentes criminais dos pacientes Givanildo Martins de Aquino, Fernando de Sousa Gomes e Antônio de Oliveira Costa, respectivamente, às fls. 28/34, 35/40 e 41/46, todas relativas às Comarcas de Ararendá, Nova Russas, Poranga, Ipaporanga e Ipueiras e denúncia (fls. 47/49).

Pleito liminar indeferido em decisão de fls. 57/58.

Judiciosas informações colacionadas às fls. 62/63.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 66/74, com manifestação pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

Consoante relatado, na presente ação constitucional de *habeas corpus*, busca-se a soltura dos pacientes, mediante as alegações de carência de fundamentação da sentença penal condenatória, na parte em que se lhes negou o direito de recorrer em liberdade; e de ausência dos requisitos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, ante a inexistência de fato novo a embasar o decreto da prisão preventiva na sentença condenatória e de exasperação indevida da pena-base.

Na sentença penal condenatória, é lícito o magistrado sentenciante decretar a custódia cautelar de acusado que tenha permanecido solto durante o processo, desde que apresente fundamentação válida, apontando a presença de fato novo idôneo a justificar a constrição, à luz da disposição normativa expressa no art. 312, do Código de Processo Penal.

Na hipótese, entretanto, a autoridade impetrada não demonstrou, de forma concreta, válida e adequada, a existência dos requisitos previstos em Lei, notadamente a existência de fato novo superveniente capaz de demonstrar o *periculum libertatis*.

Em verdade, da leitura do *decisum*, parece subsistir como fundamento para o decreto prisional tão somente o fato de ter sido os acusados sentenciados e condenados à pena privativa de liberdade, utilizando-se claramente, portanto, a prisão preventiva como meio de cumprimento provisório da pena.

Senão, vejamos os fundamentos da mencionada decisão (fls. 14/26):

> " Diante da pena aplicada e das circunstâncias judiciais desfavoráveis, indefiro o direito de recorrer em liberdade, pelo que determino, desde logo, a decretação da segregação cautelar do acusado, nos termos dos artigos 312 do CPP." (*sic*).

Saliente-se que, mesmo no polêmico julgamento do HC 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal, ao relativizar a incidência do princípio da presunção de inocência, o fez somente a partir da sentença penal condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, dado ser essa uma garantia prevista, inclusive, em praticamente todos os ordenamentos jurídicos ao redor do mundo. Veja-se:

> CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.
> 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (STF, HC 126292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, j. em 17/02/2016).

Assim, na ótica do Supremo Tribunal Federal, o dever de tratamento ao acusado, que deve ser presumidamente inocente, durante todo o

curso do processo ordinário criminal, conflita diretamente com a possibilidade de execução provisória da pena, pelo menos até o aperfeiçoamento do duplo grau de jurisdição, ressalvando-se, todavia, as hipóteses existência ou superveniência de motivos concretos que ensejem sua custódia cautelar.

Dessa forma, mostra-se descabida a fundamentação exarada pelo Magistrado de piso no sentido de entender que "*Diante da pena aplicada e das circunstâncias judiciais desfavoráveis, indefiro o direito de recorrer em liberdade, pelo que determino, desde logo, a decretação da segregação cautelar do acusado, nos termos dos artigos 312 do CPP (sic)*".

Assim, de rigor a concessão da ordem, neste ponto, a teor de remansosa construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (destaquei):

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO DO PACIENTE PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PRISÃO CAUTELAR. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 1. Não havendo prévio requerimento expresso por parte do advogado do paciente, não há que se falar em nulidade do julgamento de habeas corpus realizado em sessão cuja data não lhe foi cientificada. Enunciado n.º 431 da Súmula do STF.
>
> 2. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.
>
> 3. Dispõe o art. 387, § 1.º, do CPP, que, na sentença, "o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta".
>
> 4. **"Em hipóteses nas quais o acusado responde ao processo em liberdade, a Sexta Turma deste Superior**

Tribunal tem decidido que a decretação da prisão cautelar na sentença pressupõe a existência de fatos novos capazes de comprovar a imprescindibilidade do recolhimento ao cárcere" (STJ, RHC 60.565/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015).

5. *In casu*, o réu, ora recorrente foi preso em flagrante (13.12.2012), tendo sido convertida a prisão em preventiva. Todavia, em razão de excesso de prazo, o magistrado relaxou a prisão (8.5.2013), ficando o recorrente solto até a prolação da sentença condenatória (3.8.2015), na qual a medida extrema foi decretada em razão da "garantia da ordem pública, tendo em vista a periculosidade concreta demonstrada pelos mesmos, a amparar a convicção de que, em liberdade, voltarão a delinquir, prosseguindo na senda criminosa que se desenha nos autos", s**em que se tenha declinado qualquer novo elemento que pudesse justificar, já a esta altura, a imposição do encarceramento de quem estava solto há mais dois anos.**

6. Recurso parcialmente provido, apenas, para que o recorrente possa aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a possibilidade de decretação de nova prisão, ou de medidas cautelares alternativas, caso demonstrada a necessidade. (STJ, RHC 68.518/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 22/04/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NA SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS E ATUAIS A JUSTIFICAR A MEDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não

admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. - Esta Corte Superior tem entendimento pacífico de que a custódia cautelar possui natureza excepcional, somente sendo possível sua imposição ou manutenção quando demonstrado, em decisão devidamente motivada, o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. - A gravidade abstrata e a hediondez do delito de tráfico não constituem motivação idônea e suficiente para justificar a constrição antecipada. - **Tendo o réu permanecido solto durante toda a instrução processual, resta inviável a decretação da sua prisão preventiva na sentença, sem a demonstração da ocorrência de fatos novos que justifiquem concretamente o encarceramento.** Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para revogar a prisão preventiva em discussão, ressalvada a possibilidade de decretação de nova prisão, se demonstrada a partir de fatos concretos e atuais sua necessidade. (STJ - HC: 308955 PE 2014/0296425-5, Relator: Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 05/05/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/05/2015).

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NA SENTENÇA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

a) Se o agente respondeu ao processo em liberdade, a prisão preventiva só pode ser decretada na sentença condenatória mediante fundamentação idônea, que demonstre que ele não faz jus ao benefício de recorrer em liberdade. b) A gravidade do delito e a mera referência às hipóteses de prisão preventiva são insuficientes para lastrear o decreto da prisão cautelar. c) Coação ilegal configurada. d) Ordem concedida, para revogar a prisão preventiva, ratificada a liminar. e) Quanto aos pedidos de extensão, deferimento apenas o formulado pelo corréu Paulo Sérgio de Souza Júnior. Quanto aos demais, inviável o atendimento, por falta de

informações a demonstrar a identidade de situação-fática processual dos requerentes em relação ao paciente. (STJ - HC: 135050 RJ 2009/0080230-5, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 04/02/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/02/2010).

"HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA ORDEM PRISÃO PREVENTIVA DETERMINADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PACIENTE QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES.
1. A sentença condenatória que determina a prisão cautelar do réu que respondeu a ação penal em liberdade, inexistindo decreto constritivo anterior e com base nas circunstâncias da prática delitiva, não deve prevalecer. 2. Ausentes novos envolvimentos que indiquem abalo à ordem pública ou à persecução criminal, não há elemento concreto para justificar a segregação após o encerramento da instrução, mormente quando o réu compareceu a todos os termos do processo. 3. "Habeas corpus" não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o paciente permaneça em liberdade, até o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso. (STJ - HC: 276219 SP 2013/0285305-8, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 07/11/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2013).

Em que pese a fundamentação do referido *decisum*, verifico estar patente o constrangimento ilegal ao direito de locomoção dos pacientes, haja vista não preenchidos os requisitos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, subsistindo como fundamento para o decreto prisional tão somente o fato de ter sido os acusados sentenciados e condenados à pena privativa de liberdade, utilizando-se claramente, portanto, a prisão preventiva como meio de cumprimento provisório da pena, tendo em vista que os

pacientes responderam soltos a todo o processo. Ademais, não se furtaram a praticar qualquer ato processual, inexistindo notícias acerca da superveniência de outra condenação, consoante se infere das certidões acostadas de Givanildo Martins de Aquino, Fernando de Sousa Gomes e Antônio de Oliveira Costa, respectivamente, às fls. 28/34, 35/40 e 41/46, todas relativas às Comarcas de Ararendá, Nova Russas, Poranga, Ipaporanga e Ipueiras.

Esse contexto fático não denota a existência do *periculum libertatis*, requisito que é imprescindível à decretação da custódia cautelar, nos termos do art. 312, do Código de Processo Penal, devendo preponderar o princípio da presunção de não-culpabilidade.

Registre-se, por oportuno, o caráter acautelatório da custódia decorrente de sentença condenatória recorrível, consoante entendimento firmado em nossa Corte Suprema, senão vejamos:

> "A superveniência de decisão condenatória recorrível não afasta a natureza preventiva da segregação. O artigo 283, cabeça, do Código de Processo Penal, ao referir-se aos títulos prisionais provisórios, contempla o flagrante, a temporária e a preventiva, revelando que as custódias decorrentes da pronúncia e da sentença penal condenatória ainda não alcançada pela preclusão maior integram a última. O artigo 387, § 1º, denomina, expressamente, preventiva a constrição oriunda da condenação recorrível". (STF, MC HC 145665 RJ 0007188-62.2017.1.00.0000; Relator Min. MARCO AURÉLIO Publicação: DJe-176 10/08/2017; Julgamento: 7 de Agosto de 2017).

A despeito disso, o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal volve-se para a possibilidade de imediato cumprimento da pena, sem ofensa ao princípio da presunção de não-culpabilidade, em caso de confirmação da decisão meritória na Superior Instância, pois que, nesse caso, não mais seria cabível, em geral, irresignação pautada em discussões acerca da autoria e materialidade, observada, ainda, a ausência de efeito suspensivo dos recursos cabíveis nas Instâncias Superiores.

A esse propósito, confiram-se os seguintes julgados:

> Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.
> **1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.** 2. Habeas corpus denegado. (STF, HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

> Habeas corpus. 2. Direito Processual Penal. 3. Tráfico de drogas e associação ao tráfico. 4. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Pacientes encarcerados durante toda instrução criminal. Condenação. Apelação. Julgamento pelo Tribunal a quo. Pena final de 8 anos e 10 meses. 5. Tese de ausência de fundamentos válidos à custódia após a sentença condenatória. Alegação do direito à liberdade dos pacientes até o trânsito em julgado da ação penal. Inocorrência. 6. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento de ser idônea a prisão decretada com base em fatos concretos observados pelo juiz na instrução processual. Após a sentença condenatória não houve alteração fática a ensejar a devolução do *status libertatis*. Precedentes. **7. Jurisprudência consolidada nesta Corte de que o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.** Precedentes. 8. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. (STF, HC 131547, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 22-04-2016 PUBLIC 25-04-2016)

Desta forma, considerando-se que, no extenso lapso temporal decorrido entre a data do fato (22/01/2011) e a prolação de édito condenatório (03/05/2018), mais de 7 anos, os acusados permaneceram em liberdade, não havendo registro de novas condenações, tendo, ademais, contribuído para o bom andamento do trâmite processual, é de se concluir pela prescindibilidade da sua custódia cautelar, nos termos da Súmula nº 60, desta Corte de Justiça, seguindo a qual:

> **TJ/CE, Súmula nº 60**: "É vedada nova decretação da prisão preventiva ao réu solto, durante a instrução criminal ou na sentença, sem que haja fatos novos capazes de demonstrar a necessidade da segregação cautelar".

Na mesma senda, destaco os seguintes julgados:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NA SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS E ATUAIS A JUSTIFICAR A MEDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> - O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. - **Esta Corte Superior tem entendimento pacífico de que a custódia cautelar possui natureza excepcional, somente sendo possível sua imposição ou manutenção quando demonstrado, em decisão devidamente motivada, o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP.** - A gravidade abstrata e a hediondez do delito

de tráfico não constituem motivação idônea e suficiente para justificar a constrição antecipada. - **Tendo o réu permanecido solto durante toda a instrução processual, resta inviável a decretação da sua prisão preventiva na sentença, sem a demonstração da ocorrência de fatos novos que justifiquem concretamente o encarceramento.** Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para revogar a prisão preventiva em discussão, ressalvada a possibilidade de decretação de nova prisão, se demonstrada a partir de fatos concretos e atuais sua necessidade. (STJ - HC: 308955 PE 2014/0296425-5, Relator: Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 05/05/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/05/2015).

"HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA ORDEM PRISÃO PREVENTIVA DETERMINADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PACIENTE QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES.

1. A sentença condenatória que determina a prisão cautelar do réu que respondeu a ação penal em liberdade, inexistindo decreto constritivo anterior e com base nas circunstâncias da prática delitiva, não deve prevalecer. 2. Ausentes novos envolvimentos que indiquem abalo à ordem pública ou à persecução criminal, não há elemento concreto para justificar a segregação após o encerramento da instrução, mormente quando o réu compareceu a todos os termos do processo. 3. "Habeas corpus" não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o paciente permaneça em liberdade, até o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso. (STJ - HC: 276219 SP 2013/0285305-8, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 07/11/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2013).

No que concerne à tese de exasperação indevida da pena, não se verifica ilegalidade idônea a justificar que a matéria, passível de dedução através de apelação criminal, seja questionada na estreita via mandamental, mormente porque esta não permite que se proceda à ponderação ou ao reexame das circunstâncias judiciais referidas no art. 59 do Código Penal, uma vez que necessária incursão profunda em elementos de prova incabível nesta seara.

Sobre essa matéria, pacífica e remansosa é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA E MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. MAUS ANTECEDENTES. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. *QUANTUM* SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
>
> - O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva de habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
>
> **- A viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de habeas corpus, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, desproporcionalidade no *quantum* ou erro na aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.**
>
> - Em se tratando de crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo

59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006.
- Quanto aos maus antecedentes, esta Corte tem entendimento reiterado no sentido de que a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes.
- Não há se falar em ilegalidade na exasperação da pena-base, porquanto os fundamentos utilizados são idôneos.
- Quanto à redutora, para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa. No caso, não há se falar em sua aplicação, tendo em vista que o acusado é portador de maus antecedentes.
- Em relação ao regime, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.
- Todavia, no caso, deve ser mantido o regime fechado, pois presente circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade e natureza da droga e maus antecedentes, há elementos concretos que recomendam o regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
- Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o patamar da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I do Código Penal.
- Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 390.837/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. *QUANTUM* DE EXASPERAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTROS ELEMENTOS DO CRIME QUE INDICAM A PARTICIPAÇÃO EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REPRIMENDA MANTIDA ACIMA DE 4 (QUATRO) ANOS. NÃO CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Cumpre asseverar que a via do *writ* somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 11/4/2005).

III - *In casu*, o aumento da pena-base acima do mínimo legal encontra-se devidamente justificado na natureza da droga apreendida (crack), o que não configura *bis in idem*, uma vez que o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 determina que, na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância ou do produto.

IV - No que diz respeito ao quantumde exacerbação - 1 (um) ano acima do mínimo legal -, verifica-se que ele está devidamente justificado em concretos e dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, inexistindo flagrante desproporcionalidade ou ilegalidade a justificar a sua redução. (Precedentes).

V - Houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividades criminosas (traficância), ante a quantidade de droga apreendida - 14,9g de crack que renderia 149 porções menores -, aliada às demais circunstâncias do delito -, elemento apto a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever este entendimento demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do *mandamus*.

VI - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, afasta-se a possibilidade de abrandamento do regime prisional, bem como de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 do Código Penal.

Habeas Corpus não conhecido. (STJ, HC 397.724/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017).

ANTE TODO O EXPOSTO, em parcial consonância com o parecer ministerial, CONHEÇO PARCIALMENTE da presente ordem, para CONCEDER-LHE PROVIMENTO, na extensão cognoscível, revogando a prisão dos pacientes, pois que não vislumbrada periculosidade idônea a justificar a manutenção da constrição cautelar.

Não havendo informações acerca do cumprimento dos mandados de prisão expedidos em desfavor dos pacientes, expeça-se a autoridade impetrada os competentes contra mandados ou alvará de soltura, conforme for o caso, em favor dos pacientes, determinando sua atualização junto ao Banco Nacional de Monitoramento de Prisões - BNMP.

É como voto.

Fortaleza, 08 de agosto de 2018.

HABEAS CORPUS Nº 0630240-85.2017.8.06.0000
ORIGEM: VARA ÚNICA VINCULADA DA COMARCA DE JIJOCA DE JERICOACOARA
IMPETRANTE: SÉRGIO RICARDO DE SOUZA MENEZES
PACIENTE: RONALDO DE ARAÚJO NEGRÃO
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA VINCULADA DA COMARCA DE JIJOCA DE JERICOACOARA.
RELATOR: DES. MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JURI. SOBERANIA DO VEREDICTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. DECISÃO DO STF. TESE MINORITÁRIA. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA APENAS APÓS O ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PACIENTE QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE FATO SUPERVENIENTE QUE IMPONHA A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA.

1. Paciente condenado à pena de 12(doze) anos de reclusão a ser cumprida em fechado, sendo-lhe negado o direito de apelar da decisão em liberdade, apesar de ter respondido ao processo livre, alega ainda nulidade no julgamento do Tribunal de Juri, haja vista cerceamento de defesa e ausência de fundamentação do decreto preventivo.

2. No que diz respeito ao pleito de nulidade da sessão do Tribunal do Juri, tem-se que o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus,* passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade, razão pela qual não conheço o *writ* quanto a este ponto.

3. No que concerne a ausência de fundamentação da decisão que negou ao acusado o direito de responder ao processo em liberdade e decretou a prisão vê-se que a decisão fundamentou-se em recente entendimento jurisprudencial do STF, proferida no julgamento do HC 118.770 MC/SP, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal que assentou a possibilidade de execução imediata da decisão proferida pelo Tribunal do Juri, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

4. Em que pese o entendimento do eminente Ministro Luiz Roberto Barroso, cabe gizar que o resultado do julgado foi pelo não conhecimento da ordem e revogação da liminar, assim, entendo apenas ser possível o início da execução provisória da pena após a confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição, uma vez que a execução provisória decorre do exaurimento das instâncias ordinárias, conforme remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Precedente

5. Desta forma, no caso em tablado, como ainda não houve o exaurimento das instâncias ordinárias, entendo não ser possível a execução provisória da sentença, mesmo que a decisão tenha sido emanada do conselho de sentença, em respeito ao entendimento majoritário das instâncias superiores que entendem só caber execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, pois caso contrário, estar-se-ia implementando verdadeira execução provisória em primeiro grau contrariando o entendimento fixado pelo STF no julgamento do HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 17/5/16" (HC 136223, Relator p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, publicado em 15/12/2017).

6. Cabe ainda destacar que o paciente respondeu a maior parte da instrução criminal em liberdade e sua prisão foi decretada na sentença condenatória. Tem-se, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "[o]fato de o réu ter permanecido em liberdade durante a instrução processual não impede que seja decretada a sua prisão preventiva quando da prolação de sentença condenatória (art. 387, § 1º, do CPP), desde que presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal" (RHC 83.514/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 27/10/2017).

7. Assim, como a fundamentação utilizada pelo magistrado de piso não encontra guarida nos requisitos do art. 312 do CPP, não tendo apresentado motivação apta a justificar a segregação provisória,

bem como não existem fatos novos capazes de comprovar a imprescindibilidade ao cárcere, principalmente se o acusado permaneceu liberto após o encerramento da instrução criminal, resta configurado o constrangimento ilegal.

8. Desta feita, entende-se não existir fato novo capaz de sustentar a decretação da prisão preventiva quando da prolatação da sentença, vez que o réu respondeu a toda a instrução processual em liberdade, sendo o argumento utilizado para decretar a segregação inidôneo devendo, portanto, ser concedido ao paciente o direito de recorrer do *decisum* em liberdade.

9. Ordem parcialmente conhecida e concedida, deferindo-se ao paciente o direito de aguardar, em liberdade, o julgamento do recurso, se por outro motivo não estiver preso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em **CONHECER PARCIALMENTE** do presente *writ* e **CONCEDER** a ordem impetrada, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de habeas corpus impetrado em 18.10.2017, com pedido de liminar, em favor de Ronaldo de Araújo Negrão**,** tendo como autoridade coatora o Juízo de Direito da Vara Única Vinculada da Comarca de Jijoca de Jericoacoara.

Narra o impetrante às fls. 01/10, que o paciente fora preso por suposta prática do crime de homicídio em 24.01.2000. Informa que a ação penal foi devidamente instruída, o paciente pronunciado, e designada sessão plenária para o dia 30.11.2017. Ressalta-se que o acusado não fora intimado do julgamento.

Denota que sem haver intimação, o paciente contratou o impetrante como seu advogado, momento em que munido de procuração datada de 27.11.2017 requereu habilitação, vista dos autos e adiamento do julgamento, posto que fora constituído 02 (dois) dias antes do plenário.

Aduz que o magistrado de piso indeferiu o requerimento de adiamento do júri por suspeita de manobra protelatória, mantendo o advogado dativo para promover defesa do paciente em plenário mesmo havendo advogado constituído, ou seja, uma violação ao princípio de liberdade de escolha do causídico.

Alude que antes da formação do Conselho de Sentença fora registrado protesto na ata de julgamento, bem como a sessão se realizou sem a presença do paciente e de entrevista pessoal, culminando com a condenação a 12 (doze) anos de reclusão. Ademais, fora decretada a prisão preventiva sob o argumento da prisão automática.

Por fim, explicita a ocorrência do cerceamento de defesa, bem como a ausência de fundamentação idônea que justifique a segregação.

Requereu, liminarmente, a revogação da prisão preventiva, no mérito, a confirmação da liminar e anulação do julgamento do Tribunal do Juri.

Liminar do presente *mandamus* indeferida em 15/12/2017, às fls. 56/61. Informações apresentadas pela autoridade coatora às fls. 65/71. Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em 30/01/2018, opinou pelo conhecimento e parcial concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

Busca o impetrante a revogação da prisão preventiva do paciente sob o argumento de ausência de fundamentação do decreto preventivo, bem como anulação do julgamento do Tribunal do Juri.

Convém destacar, inicialmente, que o impetrante ao instruir o presente *writ*, deixou de acostar aos autos a decisão que decretou a prisão preventiva do réu, fato que resultaria no não conhecimento da ordem por ausência de prova pré constituída, contudo a autoridade coatora, ao prestar as informações, anexou a sentença com os fundamentos da prisão cautelar, razão pela qual passo a analisá-lo.

No que diz respeito ao pleito de nulidade da sessão do Tribunal do Juri que condenou o paciente, tem-se que o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus,* passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Nesse sentido se posiciona o STJ:

> PENAL E PROCESSUAL. **HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. HOMICÍDIO QUALIFICADO.** DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. DEFICIÊNCIA NA DEFESA TÉCNICA. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.
>
> **1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.**
>
> 2. A anulação do julgamento do Tribunal do Júri só é possível quando os jurados decidirem em desconformidade com os elementos de prova constantes nos autos, e não quando se acolhe uma das versões submetidas ao Conselho de Sentença.
>
> 3. No caso dos autos, considerando a situação fático-probatória delineada pelo acórdão *a quo*, observa-se que não houve decisão contrária à prova dos autos, de tal sorte que inexiste constrangimento ilegal a ser sanado.

> **4. A alegada deficiência da defesa técnica não pode ser examinada em sede de habeas corpus, porquanto, além de o tema depender de dilação probatória para ser analisado, resultaria em supressão de instância, uma vez que o Tribunal de Justiça não apreciou a questão.**
> 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 314.982/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 22/02/2016)

Assim, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de apelação. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Desta forma, trago as razões do Juízo de piso que indeferiram o pedido de adiamento da sessão do Tribunal do Juri, às fls. 23/24:

> (…)
> Cuida-se de pedido formulado pelo Réu Ronaldo de Araújo Negrão, com o objetivo de adiar seu julgamento perante o Tribunal do juri deste Comarca no dia 30 de novembro de 2017, sob a alegação de que não foi oportunizado prazo razoável para a constituição de advogado de sua confiança, pois tomou conhecimento do julgamento a pouquíssimo espaço de tempo. Alega, ainda, não possui recursos financeiros para se fazer presente nesta comarca, pois reside no Estado do Pará.
> Tudo bem visto e ponderado, decido.
> Início constatando que o acusado teve mais de 17 ANOS para constituir advogado de sua confiança e não o fez. Bem ao contrário, o próprio acusado solicitou ser defendido por defensor público nesta Comarca de Jericoacoara, conforme fl, 151-V.
> **Em razão desse requerimento este juízo nomeou defensor dativo ao Réu, conforme fl. 156-V, tendo o causídico patrocinado a sua defesa até o presente momento.**
> **Após a sentença de pronúncia, o réu foi novamente intimado(fls. 180), mas novamente não se preocupou em constituir advogado de sua confiança.**
> Com efeito, a alegação de insuficiência de tempo desafia

todos os limites do bom senso e da boa fé objetiva processual. Constitui verdadeiro *venire* processual, haja vista o próprio réu ter solicitado ser defendido por defensor nomeado, conforme já demonstrado, adotando, agora, comportamento completamente contraditório.

Em verdade, o que se observa com o protocolo do presente pedido (fl.233) há menos de um dia do início de sua sessão de julgamento é uma manobra nitidamente protelatória. Tais expedientes geralmente têm por finalidade ganhar tempo ou fazer surgir um argumento futuro para alegação de cerceamento de defesa, em caso de condenação. Denota-se, portanto nítido abuso de direito, à luz do art. 187 do CC/2002, pois excede manifestamente o seu fim jurídico e a boa-fé processual.

Outrossim, a alegação de insuficiência de recursos também não se coaduna com os elementos presentes nos autos, uma vez que o próprio acusado ligou na secretaria desta vara e informou que entrou em contato com o advogado dativo que lhe fora nomeado e este o orientou a comparecer a seu julgamento(fls. 232), não havendo provas sérias e fundadas que indiquem a impossibilidade de comparecimento.

Ademais, o comparecimento do Réu à sessão de julgamento não é obrigatória. O réu pode preferir não se fazer presente, sendo esta uma estratégia processual e um direito que lhe assiste.

Ante o exposto, indefiro o requerimento de adiamento e mantenho a sessão de julgamento do réu Ronaldo de Araújo Negrão para o dia 30 de novembro às 9 h, devendo o advogado dativo nomeado continuar exercendo a defesa do Réu em, plenário.

Em todo caso, faculto ao novo advogado constituído, Dr. Sérgio Ricardo de Souza Menezes, OAB/PE 19.309, dividir a responsabilidade pela defesa com o defensor dativo. Caso não haja acordo em relação à utilização do tempo, a decisão será tomada por este juiz em plenário.

Cabe ressaltar tratar-se de processo de baixa complexidade jurídica, não havendo dificuldade, tendo a secretaria da vara providenciado de imediato as copias do processo e entregue ao causídico.

(...)

Extrai-se da decisão acima não haver flagrante ilegalidade, teratologia ou abuso de poder apta a determinar a nulidade da sessão do Tribunal do Juri, encontrando-se a decisão do magistrado *a quo* em obediência aos ditames legais, não se vislumbrado cerceamento de defesa, uma vez que o acusado teve sua defesa patrocinada por defensor dativo, bem como o impetrante deixou para insurgir-se contra a data da sessão de julgamento perante o Tribunal do Juri um dia antes de sua realização, sem que tenha apresentado um motivo plausível, configurando, assim, provável manobra protelatória por parte da defesa, não restando configurado o constrangimento ilegal .

Neste sentido tem-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. SÚMULA 115/STJ. PRECEDENTES. **HOMICÍDIO QUALIFICADO. PEDIDO DE ADIAMENTO DA SESSÃO DO JURI. INDEFERIMENTO. SUPOSTA NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURADA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO.** *PASS DE NULITTE SANS GRIEF*. RECURSO ORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.
>
> I - Não comporta conhecimento o recurso ordinário interposto sem procuração. Ainda que se considere que no habeas corpus não seja exigida a apresentação de instrumento, uma vez que qualquer um do povo pode impetrar o remédio heróico, tal faculdade não se estende à interposição do recurso ordinário. Incide, no caso, o óbice previsto na Súmula n. 115/STJ: "Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos."
>
> II - No caso, pelo exame dos documentos acostados pelo recorrente, afere-se que o advogado que requereu o adiamento da audiência celebrou contrato para realização da viagem que alega que o impediria de comparecer na Sessão de julgamento no Juri, muito depois de ter sido cientificado da data designada para o ato judicial.

> III - **Não há como se reconhecer nulidade por cerceamento de defesa, uma vez que não é dado à parte retardar a conclusão do processo, em prejuízo à necessária razoável duração, com pleito de adiamento sem motivação adequada.**
> **IV - Ademais, tal como ocorreu em relação ao próprio advogado solicitante do adiamento, será possível a nomeação de Defensor *ad hoc* para assistir o recorrente durante o julgamento, a fim de preservar as garantias constitucionais estabelecidas em favor dos réus no processo penal.**
> V - A jurisprudência desta Corte de Justiça, há muito já se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio *pas de nullite sans grief*, consagrado no art. 563 do CPP e no enunciado n. 523 da Súmula do col. STF, o que não ocorreu na hipótese concreta.
> Recurso ordinário não conhecido. (RHC 80.959/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 29/11/2017)

No que concerne a ausência de fundamentação da decisão que negou ao acusado o direito de responder ao processo em liberdade e decretou segregação trago os fundamentos da prisão às fls. 69/71:

> (…)
> **Ademais, diante da decisão dos jurados, nego ao réu o direito de recorrer em liberdade, decretando, por consequência a sua prisão, o que faço com amparo no recente entendimento jurisprudencial do STF, no sentido de que uma vez condenado pelo Tribunal do Juri é legítima a decretação de sua prisão na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e nem mesmo o Tribunal pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/88, artigo 5º, XXXVIII, c).** Deste modo, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/88,

> artigo 5º, caput e inciso LXXVIII). Assim, interpretação que impeça a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Juri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas
> (...)

Desta forma, vê-se que a decisão que negou ao réu o direito de apelar em liberdade fundamentou-se em recente entendimento jurisprudencial do STF, em decisão proferida no julgamento do HC 118.770 MC/SP, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal que assentou a possibilidade de execução imediata da decisão proferida pelo Tribunal do Juri, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

A decisão proferida pelo STF no habeas corpus referido restou assim ementada:

> EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL HABEAS CORPUS. DUPLO HOMICÍDIO. AMBOS QUALIFICADOS. **CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA POSSIBILIDADE.**
> 1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5o, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5°. inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular.
> 2. Diante disso, não viola o principio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki. já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri.

> 3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso.
> **4. Habeas corpus não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de oficio.**
> Tese de julgamento: "**A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não - (HABEAS CORPUS 118.770, SÃO PAULO, REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN ROBERTO BARROSO, julgado em 07/03/2017)**

Em sentido contrário, tem-se o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça em recente decisão liminar ao RHC 92.108-RS, em 23/11/2017 do relator, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Eis as razões:

> (…)
> Não se desconhece a importância da tese analisada no precedente mencionado, o HC n. 118.770, da Primeira Turma do Superior Tribunal Federal. Adotado na decisão de primeiro grau para dar suporte à determinação da prisão do paciente e o imediato início da execução da pena imposta.
> **Todavia, observo que os votos dos ilustres componentes do referido colegiado não acompanharam, expressamente, a tese jurídica sustentada pelo eminente Redator para o acórdão, Min. Luiz Roberto Barroso (*A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Juri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade*).**
> O Relator, Ministro Marco Aurélio, vencido, concedeu a ordem, por não vislumbrar, na hipótese, o preenchimento dos requisitos dos. Arts. 312 e 313 do CPP. A Ministra Rosa Weber não vislumbrou excesso de prazo posterior à sentença condenatória. Já o Mistro Luiz Fux registrou, textualmente, que não conhecia do Habeas Corpus, porque era substitutivo de recurso ordinário, observando a jurisprudência do STF. A conclusão do julgado foi em não admitir a impetração e revogar a liminar.

Não há notícia, aliás, de qualquer precedente da segunda Turma e/ou do Plenário do STF que proclamem a diretriz acima transcrita, apesar do brilhantismo da tese sustentada pelo digno Ministro Luiz Roberto Barroso, exemplo acadêmico e de magistrado brasileiro.

Na verdade, o Plenário do Superior Tribunal Federal, na sessão do dia 17/2/2016, ao julgar o HC n. 126.292/SP, entendeu que o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência. Partiu a Corte do entendimento de que a execução provisória da pena decorre do esgotamento das instâncias ordinárias.

O aresto ficou assim ementado:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado. (HC n. 126.292/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe 17/5/2016).

Dessa forma, a partir de fevereiro/2016, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Para o Relator do caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o saudoso Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença pelo Tribunal revisor encerra a análise probatória, ficando autorizada, a partir de então, a execução da pena.

Apesar de eventuais recursos especial e extraordinário não serem dotados de efeito suspensivo, na espécie, a jurisdição das instâncias ordinárias, soberana na apreciação das provas, como visto, ainda não teria se encerrado, sequer foi julgado eventual recurso de apelação.

> Não se esqueça, por oportuno, que mesmo na esfera do Júri, o Tribunal de apelação pode proclamar que a decisão soberana é manifestamente contrária às provas do autos.
> Assim, penso que deve prevalecer, ao menos por ora, o entendimento apresentado no voto minoritário do TJRS, respaldado na diretriz majoritária e vinculante do Plenário do Supremo Tribunal Federal (e-STJ fl. 96):
> Saliento que se trata de situação diversa daquela firmada pela Corte Suprema quando da discussão sobre a possibilidade de execução provisória da pena no julgamento do HC 126.292/SP e ADCs 43 e 44, entendimento que passei a adotar ressalvando posicionamento pessoal.
> *Em verdade, trata-se de execução provisória de sentença prolatada em sede de primeiro grau, que apesar de ter origem no Tribunal do Júri, cuja soberania dos veredictos ostenta previsão constitucional, no artigo 5°, inciso XXXVIII, alínea "c"r da Carta Maior, a meu ver, não pode ser executada imediatamente após a condenação em primeira instância, violando-se a presunção de inocência, ausente qualquer fundamentação que evidencie a necessidade do imediato cumprimento da pena.*
> *Ademais, conforme salientado pelos impetrantes, o paciente respondeu ao processo todo em liberdade, importando salientar que o fato é datado de 01 de maio de 2009. Diante deste quadro, entendo inviável a determinação para a imediata execução da pena, cabendo ao Juiz, se entender necessária, a decretação das demais medidas previstas na legislação processual penal.*
>
> Ante o exposto, **defiro a liminar** para suspender o processo de execução provisória da pena e assegurar ao recorrente o direito de aguardar em liberdade o julgamento do presente habeas corpus .

Firmadas estas premissas, em que pese o entendimento minoritário do eminente Ministro Luiz Roberto Barroso, entendo apenas ser possível o inicio da execução provisória da pena após a confirmação da sentença em segundo grau de jurisdição, uma vez que a execução provisória decorre do exaurimento das instâncias ordinárias, conforme remansosa

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça conforme arresto abaixo:

> HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DO ART. 241-B DA LEI N. 8.069/1990 - ARMAZENAMENTO DE PORNOGRAFIA INFANTIL. **PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. LEGALIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. *MODUS OPERANDI*. PERICULOSIDADE SOCIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC n. 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).**
>
> 2. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe violação do princípio constitucional da presunção de inocência.
>
> 3. É legítima a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos, porquanto fundamentada na gravidade concreta do delito e nas circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inteligência do artigo 33 do Código Penal e do enunciado da Súmula n. 719 do Supremo Tribunal Federal. Constrangimento ilegal não configurado.
>
> 4. Habeas corpus denegado. (HC 425.383/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)

Desta forma, no caso em tablado, como ainda não houve o exaurimento das instâncias ordinárias, entendo não ser possível a execução provisória da sentença, mesmo que a decisão tenha sido emanada do conselho de sentença, em respeito ao entendimento majoritário das instâncias superiores que entendem só caber execução da pena condenatória após a confirmação da condenação em segundo grau, pois caso contrário, estar-se-ia implementando verdadeira execução provisória em primeiro grau contrariando o entendimento fixado pelo STF no julgamento do HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 17/5/16" (HC 136223, Relator p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, publicado em 15/12/2017).

Cabe ainda destacar que o paciente respondeu a maior parte da instrução criminal em liberdade, e o magistrado de piso ao proferir sentença condenatória decretou a segregação do acusado. Tem-se, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "[o]fato de o réu ter permanecido em liberdade durante a instrução processual não impede que seja decretada a sua prisão preventiva quando da prolação de sentença condenatória (art. 387, § 1º, do CPP), desde que presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal" (RHC 83.514/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 27/10/2017).

Assim, como a fundamentação utilizada pelo magistrado de piso não encontra guarida dos requisitos do art. 312 do CPP, não tendo apresentado motivação apta a justificar a segregação provisória, bem como não existem fatos novos capazes de comprovar a imprescindibilidade ao cárcere, principalmente se o acusado permaneceu liberto após o encerramento da instrução criminal, resta configurado o constrangimento ilegal.

A regra, segundo entendimento majoritário dos tribunais, é que o paciente tem o direito de recorrer da decisão em liberdade se respondeu ao processo solto, caso contrário, a impossibilidade de recorrer em liberdade deve ser fundamentada em circunstâncias concretas e não em meras presunções, conforme se apreende dos julgados ora colacionados:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO RESTRITO E DE EXPLOSIVO. **NEGATIVA DO RECURSO EM LIBERDADE. ACUSADO QUE RESPONDEU AO PROCESSO SOLTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.** EXCESSO DE PRAZO. IMPERTINÊNCIA DA ALEGAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. **O fato de o réu ter permanecido em liberdade durante a instrução processual não impede que seja decretada a sua prisão preventiva quando da prolação de sentença condenatória (art. 387, § 1º, do CPP), desde que presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.**

2. Nessas hipóteses, o Superior Tribunal tem decidido que a decretação da prisão cautelar pressupõe a existência de fatos novos capazes de comprovar a imprescindibilidade do recolhimento ao cárcere, o que não ocorreu no caso em comento.

3. Na espécie, o Juízo singular não indicou nenhum sólido motivo sequer capaz de justificar a opção pela medida extrema. Ao contrário do que se exige, limitou-se a afirmar, de modo abstrato, a necessidade de garantia da ordem pública, o que configura nítido constrangimento ilegal.

4. O tema do recurso que nem sequer foi suscitado no âmbito do habeas corpus nem foi discutido no acórdão impugnado, tampouco tem pertinência com a situação apresentada, a saber, o excesso de prazo, não merece ser conhecido por esta Corte.

5. Recurso em habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para conceder ao recorrente o direito de apelar em liberdade, salvo se preso por outro motivo, sem prejuízo de que seja novamente decretada a prisão caso surjam novos fundamentos. (RHC 83.514/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 27/10/2017)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PACIENTE INICIALMENTE DENUNCIADO POR LESÃO

> CORPORAL E FURTO. CONDENAÇÃO POR ROUBO SIMPLES. VEDAÇÃO AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. **RÉU QUE RESPONDEU SOLTO A TODO O PROCESSO POR MAIS DE DOIS ANOS SEM PERPETRAR NOVO CONDUTA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA AUTORIZAR A MEDIDA EXTREMA IMPOSTA NA SENTENÇA.** APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFESA PENDENTE DE JULGAMENTO. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES MENOS GRAVOSAS. SUFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO À ESPÉCIE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. RECURSO PROVIDO.
>
> 1. **De acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o réu que respondeu solto à instrução criminal assim deve permanecer no sentido de aguardar o julgamento da apelação, se não tiver dado causa superveniente à decretação da prisão preventiva, como corolário do princípio da presunção de inocência.**
>
> 2. Evidente a coação ilegal quando a prisão decretada apenas na sentença está fundada unicamente na gravidade abstrata do crime de roubo simples, sem indicação de fato novo concreto apto a evidenciar a necessidade do recolhimento do réu à prisão, à luz do art. 312 do CPP.
>
> 3. Na hipótese sub examine, não obstante a reprovabilidade da conduta, evidencia-se que as medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 do CPP, mostram-se eficazes e suficientes para os fins visados quando da ordenação da preventiva.
>
> 4. Recurso ordinário provido para conceder ao acusado o direito de recorrer em liberdade, com a imposição das medidas alternativas previstas no art. 319, I, IV e V, do Código de Processo Penal, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, salvo se por outro motivo estiver preso. (RHC 65.662/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

Na fase processual em que se encontra a ação penal, a decretação da preventiva não deve se embasar em fatos que a ensejaram quando do início da persecução penal. Ou seja, deve haver um fato novo indicando a necessidade da renovação da prisão preventiva. Desta forma, o magistrado

sentenciante deve demonstrar, com base nas provas e fatos contidos nos autos, a ocorrência de circunstância superveniente suficiente a afastar a concessão de liberdade anteriormente concedida, o que não ocorreu nos autos, vez que a situação em análise não retrata fatos novos ocorridos após a soltura.

Desta forma, entendo não estarem presentes os pressupostos autorizadores da prisão cautelar, vez que não foi demonstrado a ocorrência concreta de fatos novos. Caracterizado o constrangimento ilegal, medida que se impõe é a concessão da ordem liberatória, concedendo ao réu o direito de recorrer da decisão em liberdade,

Nessa esteira, analisando acuradamente a sentença proferida pelo juízo *a quo* em conjunto à sinopse fática extraída deste caderno processual, entende-se não existirem fatos novos capazes de sustentar a decretação da prisão preventiva quando da prolatação da sentença, sendo o argumento utilizado para manter a segregação inidôneo devendo, portanto, ser concedido ao paciente o direito de recorrer do *decisum* em liberdade.

Diante de todo o exposto, em consonância com o parecer ministerial, **CONHEÇO PARCIALMENTE** do presente *writ* para na parte cognoscível **CONCEDER** a ordem, para que o paciente possa aguardar, em liberdade, o julgamento do recurso, se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.

Fortaleza, 06 de fevereiro de 2018.

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Aquisição de veículo - vício do produto - órgão de defesa do consumidor - multa administrativa - poder de polícia - processo administrativo - inexistência de irregularidades - valor da multa - critérios de gravidade da infração - vantagem auferida pela empresa e condição econômica do fornecedor – atendimento .....240/243.

Ato infracional equivalente a roubo agravado pelo concurso de agentes e uso de arma - art. 157, §2, I e II do C.P - apuração - prova dúbia quanto a autoria - negativa de autoria não afastada plenamente - in dubio pro reo ....231/232.

Cartão de crédito - cobrança indevida e vexatória - prática abusiva - distinção dos precedentes do STJ - dano moral caracterizado - quantum indenizatório – redução .....102/104.

Certidão de óbito - lavratura de assento com dados de pessoa viva - retificação - responsabilidade civil objetiva do tabelião - dever de adotar as cautelas necessárias para garantir a correção dos dados registrados - danos morais devidos.....73/74.

Concessionária de serviço público - acidente em fiação elétrica - vítima fatal - teoria do risco administrativo - responsabilidade civil objetiva - culpa concorrente da vítima – existência.....15/17.

Concurso público para juiz de Direito - prova de sentença cível - reprovação - majoração de nota na via judicial - impossibilidade - subjetivismo do exame .....86/87.

Contrato de financiamento de veículo - liquidação antecipada - possibilidade - redução proporcional dos encargos financeiros - art. 52, §2º do CDC - valor

ofertado incontroverso - cálculos da contadoria judicial - corroboração - procedência do pedido .....126/128.

Direito previdenciário - pedido de aposentadoria - afastamento remunerado - desistência - restituição dos proventos provisórios - descontos nos vencimentos – impossibilidade.....184/186.

Ensino superior - universidade estadual - cobrança de taxas de matrícula e de mensalidades - possibilidade - incidência na exceção prevista no Art. 242 da C.F. - inaplicabilidade do art. 206, inciso IV, da C.F./88 - não violação à súmula vinculante nº 12 do STF.....32/33.

Exame médico - realização em hospital particular - ressarcimento - não previsão legal - procedimento irregular do particular - dano material indevido - dano moral não demonstrado.....210/211.

Improbidade administrativa - produção de provas - intimação do réu - ausência de intimação do causídico respectivo - cerceamento de defesa - ocorrência - sentença nula .....62/63.

Instituição financeira - agência bancária instalada em imóvel confinante à residência do promovente - explosão de caixa eletrônico - dever de segurança - defeito na prestação do serviço - responsabilidade objetiva - risco inerente a atividade econômica - demandante consumidor por equiparação, art. 17, CDC - reparação de danos morais devida .....41/44.

Morte de detento - responsabilidade objetiva do Estado, art. 37, §6º, da C.F/88 - dever de promover a segurança e zelar pela integridade física do preso, art. 5º, inc. XLIX, da C.F. - precedentes do STJ e do STF - dano moral caracterizado.....171/173.

Município - inadimplemento de contrato - rescisão - possibilidade - bloqueio e sequestro de verbas públicas – impossibilidade - situação excepcional e imprescindível - requisitos não preenchidos nos autos.....114/116.

Pensão previdenciária - ação de cobrança - diferença de parcelas - reconhecimento do direito por parte da administração pública - dever do ente estatal em arcar com o pagamento dos valores não adimplidos.....219/220.

Plano de saúde - entidade de autogestão - inaplicabilidade do CDC - incidência do art. 423 do C.C/02 - paciente com transtorno do espectro autista - impossibilidade de impedimento na participação de planos privados de assistência à saúde - tratamento diferenciado - necessidade de acompanhamento multiprofissional - não comprovação de profissionais especialistas credenciados ao plano - dever de reembolso integral das despesas efetuadas pelo paciente - interpretação sistemática das normas inerentes ao autista, ao deficiente e dos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade .....148/152.

Policial militar - processo disciplinar - pena de demissão - controle judicial da desproporcionalidade da pena máxima aplicada - possibilidade - precedentes do STJ e do TJCe - histórico funcional incoerente com a pena - ausência de sanções anteriores - violação da proporcionalidade e da gradação do direito sancionador - reintegração mantida .....193/195.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação civil pública - improbidade administrativa - decretação de estado de emergência - fiscalização e inspeção pelo TCM - relatório apontando indícios de irregularidades - alegativa de motivação inidônea - afastamento do ocupante do cargo - plausibilidade da medida - indisponibilidade de bens - indícios de responsabilidade da prática dos atos de improbidade .....314/317.

Certidão de dívida ativa - pedido de cancelamento de protestos - ausência dos requisitos necessários para o deferimento da liminar - presunção de certeza e liquidez das CDAs - falta de documentação inequívoca para desconstituí-las - validade do protesto - art. 1º, Parágrafo único, da lei nº 9.492/97 - meio idôneo de cobrança .....259/260.

Incidente de desconsideração de personalidade jurídica e de bloqueio de bens - decisão de 1º grau indeferidora - presença dos requisitos autorizadores da medida - inteligência expressa do art. 133 e seguintes do CPC/15 – deferimento ..... 302.

Licitação pública internacional - irregularidades no edital - pedido de adequação dos preços unitários dos produtos ao valor de mercado e acréscimo do valor do PIS/PASEP e COFINS - medida liminar indeferida em 1º grau - ausência do fumus boni iuris - fixação de preços - fase interna da licitação - presunção de validade - ausência de material em sentido contrário - limites da cognição de 2ª instância .....336/338.

Plano de saúde - negativa de cobertura - custeio da medicação, única opção existente para o tratamento da paciente - fármaco importado e sem registro na ANVISA - necessidade de registro prévio que pode ser afastada para assegurar o direito à vida e à saúde - precedentes do STF, STJ e TJCe.....267/270.

Previdenciário - auxílio-doença - cessação do benefício - "alta programada" - decisão administrativa do órgão securitário - exame admissional do agravante - constatação de inaptidão para exercer suas funções - ausência de perícia oficial - violação do contraditório e da ampla defesa - manutenção precária do benefício até a consecução da perícia .....291/293.

AGRAVO INTERNO

Honorários - solicitação de arbitramento em sede de mandado de segurança - trânsito em julgado - isenção de sucumbência em sede de M.S - súmulas 512/STJ e 105/STF - diferença entre honorários sucumbenciais e honorários devidos por avença - inexistência de contrato escrito - cumprimento espontâneo por uma das partes e recalcitrância de pagamento pelo inventariante do espólio da parte falecida - impossibilidade em tal sede de emissão de comando condenatório contra o espólio devedor - falta do devido processo legal não suprida pelo silêncio da parte devedora após notificação - competência restrita do órgão especial..... 347.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Código de trânsito - crime de trânsito - afastar-se o condutor do veículo do local do acidente - art. 305 do CTB - declaração de inconstitucionalidade pelo juízo a quo - relevância da questão - fuga à responsabilidade civil - princípio da intervenção mínima - direito à liberdade - art. 5º, LXVII, CF/88 - violação – fuga à responsabilidade penal - princípio nemo tenetur se detegere, intervenção mínima e proporcionalidade - violação - procedência da postulação - cláusula de reserva de plenário - remessa da matéria ao órgão especial na forma de incidente de inconstitucionalidade .....399/401.

Homicídio qualificado tentado - motivo torpe e recurso que dificulte ou impossibilite a defesa do ofendido - decisão popular de desclassificação da conduta para lesão corporal grave - veridito manifestamente contrário à prova dos autos - relevância da palavra da vítima e prova documental que aponta para a ocorrência de animus necandi - pleite de novo júri – acatamento....359/361.

Roubo majorado - aplicação do princípio da insignificância - inviabilidade - delito praticado mediante violência e grave ameaça - pleito de desclassificação para furto - descabimento - dosimetria - fundamentação inidônea - reincidência - não configuração - pena reduzida.....392/393.

Roubo majorado - dosimetria - maus antecedentes - configuração - atenuante da confissão - redução inferior a 1/6 - necessidade de fundamentação - precedentes do STJ - direito de recorrer em liberdade - prejudicialidade - desclassificação para modalidade tentada - impossibilidade - enunciado sumular 582/STJ – atenuante da confissão - redução da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria - improcedência - incidência da súmula 231/STJ.....417/419.

Roubo majorado - uso de arma de fogo e concurso de pessoas - negativa de autoria - absolvição - impossibilidade - reconhecimento seguro das vítimas em consonância pela prova testemunhal e demais elementos de prova -

dosimetria - violação à súmula 443 do STJ - elevação acima do mínimo desprovida de fundamentação concreta ..... 427.

Roubo majorado e corrupção de menores - materialidade e autoria comprovadas - depoimentos da vítima corroborado pela confissão do corréu e do comparsa menor - emprego de arma de fogo - apreensão e perícia - desnecessidade - comprovação por outros meios de prova - dosimetria, causas de aumento - ausência de fundamentação idônea - incidência da súmula 443 do STJ .....380/381.

Roubo majorado e falsidade ideológica - materialidade e autoria comprovadas - confissão, depoimentos da vítima e testemunhas - tentativa - não configuração - desnecessidade da posse tranquila da res furtiva para consumação - teoria da apprehensio - emprego de arma - apreensão e perícia - desnecessidade - desclassificação ex officio do crime de falsidade ideológica para uso de documento falso - emendatio libelli - definição jurídica diversa dado a fato descrito na denúncia – possibilidade.....435/436.

Tráfico ilícito de entorpecente - vigência da lei nº 6.368/73 - pena fixada em 3 anos de reclusão, pena mínima à época - pleito de aplicação retroativa da causa especial de diminuição, instituída no art. 33, §4º, da atual lei de tóxico - inadmissibilidade de combinação de leis - legislação nova aplicada por ser mais benéfica ao acusado .....448/449.

HABEAS CORPUS

Furto qualificado - prisão preventiva - medida de exceção fundamentada no efetivo risco de reiteração delitiva – excessiva quantidade de antecedentes criminais do acusado ..... 465.

Homicídio qualificado - negativa do direito de recorrer em liberdade - condenação pelo tribunal do júri - soberania do veredicto - execução provisória - decisão do STF - tese minoritária - possibilidade de execução provisória apenas após o esgotamento das instâncias ordinárias - paciente que respondeu ao processo em liberdade - ausência de fato superveniente

que imponha a segregação cautelar - ausência dos requisitos do art. 312, do CPP - constrangimento ilegal configurado.....498/501.

Lesão corporal grave e cárcere privado - teses de carência de fundamentação de sentença penal condenatória que negou aos pacientes o direito de recorrer em liberdade e de ausência dos requisitos do art. 312, do CPC - procedência - réus que permaneceram em liberdade durante todo o processo, não sobrevindo fato novo idôneo a justificar a imposição da medida constritiva - incidência da súmula nº 60, do TJCe.....480/481.

Tráfico de drogas e corrupção ativa - prisão preventiva - excesso de prazo na formação da culpa - não configuração - atraso motivado pela defesa - trâmite dentro dos limites da razoabilidade - súmula 64 do STJ..... 461.

Tráfico de entorpecentes e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito - nulidade da prisão em flagrante - conversão em preventiva - novo título prisional - alegativa de ausência de fundamentação - não configuração - ordem fundamentada .....469/470.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Formato	17 x 24 cm
Tipologia	Minion Pro 9/11
Papel	Sulfite Alta Alvura 75 g/m² (miolo)
	Supremo 250 g/m² (capa)
Número de Páginas	523
Impressão	Coordenadoria de Apoio Operacional
	Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Data	Novembro 2018

ISSN 2175-0874